جـــامعـــة الجـــزائـــر

معهـــد الحقـــوق و العلـــوم الاداريـــة

الشـــرط الجـــزائـــي
في
القانـــون المدنـــي الجـــزائـــري

(دراسة مقـــارنـــه)

بحـــث

للحصول على درجـــة الماجستـــير

في العقـــود و المسئوليـــة

إعـــداد

الطالـــب : نجـــاري عبـــد اللـــه

تحت إشـــراف

الدكتـــور حبيـــب إبـــراهيـــم الخـــليـــلي

لجنـــة الحكـــم

الاستاذ الدكتور : ____________________ رئيسا

الاستاذ الدكتور : ____________________ مقررا

الاستاذ الدكتور : ____________________ عضوا

أفريـــل 1983

- بسم الله الرحمن الرحيم -

مقدمة =

ان الغاية من نظام المسؤولية العقدية هي معالجة الوضع المترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أوتأخره في ذلك . ولقد نظم القانون هذه المسؤولية والاثر المترتب عليها الذى يتمثل في الحكم على المدين بالتعويض .

غير ان هذا التنظيم القانوني سواء في جانبه المتعلق بتقرير مسؤولية المدين عن اخلاله بالتزامه او في جانبه الخاص بتقدير التعويض ليس مفروضا على المتعاقدين اذ اجاز القانون لهما ان يعدلا باتفاقهما من قاعدة المسؤولية العقدية اما بتشديدها او تخفيضها ،كما اجاز لهما ايضا ان يحددا مقدما قيمة التعويض الذى يستحقه الدائن في حالة اخلال المدين بالتزامه .

ويسمى هذا التحديد الاتفاقي بالشرط الجزائي الذى هو عبارة عن تقدير مسبق للتعويض عن الضرر من طرف المتعاقدين .

ولقد نظم المشرع الجزائرى في القانون المدني هذه الطريقة لتقدير التعويض في ثلاث مواد وهي 183 و 184 و 185 .

فنصت المادة 183 على ما يلي " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ،او في اتفاق لاحق ،وتطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 ، الى 181 " .

اما المادة 184 فتنص على ما يلى " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا الا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر .

ويجوز للقاضي ان يخفض مبلغ التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مفرطا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه .

./.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين اعلاه".

اما المادة 185 فتنص على ما يلي : "اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا ، او خطأ جسيما".

ويتبين من هذه النصوص ان المشرع الجزائرى لم يلتزم نفس الاتجاه الذى تبناه القانون الذى كان معمولا به انذاك (1) - والمتمثل في مبدأ ثبات الشرط الجزائي - بل ساير الاتجاهات التشريعية العربية والاوروبية التي اخضعت الشرط الجزائي للرقابة القضائية وذلك من اجل تحقيق التوازن الاقتصادى بين التزامات المتعاقدين.

وقد اخترنا الشرط الجزائي موضوعا لبحثنا هذا لما له من قيمة عملية وذلك لاتصاله بموضوع المسوءولية المدنية لانه يمثل الاثر العملي لها ، هذا من جهة ومن جهة اخرى لما يثيره من مسائل قانونية جديرة بالبحث والتي ادت الى خلافات فقهية وقضائية حادة حول طبيعته القانونية ، هل هو تعويض ام عقوبة ؟ كما اثارت نقاشا واسعا حول مجاله وحول سلطة القاضي في تعديله والمشاكل القانونية المترتبة عند استعمال هذه السلطة.

ونتعرض لدراسة هذه المسائل القانونية ، وقد حرصنا ان تكون دراستنا دراسة مقارنة وذلك حتى يتسنى لنا تقدير موقف القانون الجزائرى في تنظيمه لاحكام الشرط الجزائي. وعلى هذا الاساس قسمنا الموضوع الى بابين رئيسيين يسبقهما فصل تمهيدى في تعريف الشرط الجزائي وبيان انواعه واهميته وتطوره التاريخي.

---

(1) قبل صدور القانون المدني الجزائرى ، كان القانون المدني الفرنسي مطبقا في الجزائر.

./.

اما البـاب الاول فنتنـاول فيـه : النظـريـة العـامـة للشـرط الجـزائـي .
وقـد قسمنـاه الـى ثـلاثـة فصـول :

- الفصـل الاول : خصائـص الشـرط الجـزائـي وتمييـزه عمـا يشتبـه بـه .
- الفصـل الثاني : الطبيعـة القانونيـة للشـرط الجـزائـي .
- الفصـل الثالث : نطـاق الشـرط الجـزائي وشروط الحكم بـه .

وخصصنـا البـاب الثاني : للرقابـة القضائيـة على الشـرط الجزائـي .
وقسمنـاه الـى فصليـن :

- الفصـل الاول : الرقابـة القضـائيـة عـلى الشـرط الجـزائـي فـي القانون المقـارن .
- الفصـل الثاني : الرقابـة القضـائيـة عـلى الشـرط الجـزائـي فـي القانون الجـزائـرى .

والخاتمـة نلخص فيهـا خـلاصـة مـا توصلنـا اليـه من نتائج .

***

الفصل التمهيدى

في تعريف الشرط الجزائي ، انواعه، اهميته وتطوره التاريخي

لعل واقعة التعاقد هي الاساس الذى ترتكز عليه فكرة المسؤولية العقدية . ولقد رتب القانون على هذه الواقعة اثرا هاما يتمثل في واجب المدين بتنفيذ ما التزم به (1) . والاصل ان ينفذ المدين التزامه عينا واختيارا والا اجبر على ذلك ما لم يصبح التزامه غير ممكن التنفيذ .

والواقع ان فكرة التنفيذ العيني تمتزج في بعض الحالات بالمسؤولية العقدية فكل منهما تسعى الى الحفاظ على التوازن العقدى . فبالتنفيذ العيني يحصل الدائن على عين ما التزم به المدين ، وفي المسؤولية العقدية يحصل الدائن على تعويض لعدم التنفيذ او التأخير في ذلك .

وقد جعل القانون التنفيذ العيني هو الاصل ولا يجوز التنفيذ بمقابل الا اذا اصبح التنفيذ العيني غير ممكن .

ولقد تضمنت المادة 176 مدني جزائرى القاعدة العامة في المسؤولية العقدية التي مؤداها انه اذا استحال على المدين ان ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه .

ويستخلص من هذا النص ان مسؤولية المدين العقدية عن عدم التنفيذ مرتبطة اشد الارتباط باستحالة التنفيذ ، بحيث اذا كان التنفيذ

---

(1) راجع = المادة 160 مدني جزائرى التي تنص: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به " .

./.

العيني ممكنا فلا محل لقيام المسؤولية العقدية . وهذه الاخيرة متى قامت فانها تثير فكرة الضرر الذى يستوجب التعويض.

والتعويض هو اصلاح او جبر الضرر الذى اصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ او التأخير في ذلك . وللتعويض ثلاثة مصادر هي القانون، القضاء والاتفاق .

فالتعويض القانوني هو ذلك التعويض الذى يتكفل القانون بتحديد مقداره ومثال ذلك فوائد التأخير .

اما التعويض القضائي فهو التعويض الذى يقوم القاضي بتقديره، وقد حددت المادة 132 مدني جزائرى طرق تقدير التعويض، كما حددت المادة 182 المعايير التي يستعين بها القاضي لتقدير التعويض .

واخيرا قد يكون مصدر التعويض الاتفاق بحيث لا يرى الطرفان ترك الامر في تقدير التعويض للقاضي فيضمنان العقد المنشيء للالتزام نصا يحددان بمقتضاه التعويض الذى يستحقه الدائن عند اخلال مدينه بالتزامه او اذا تأخر في ذلك، وهذا هو التعويض الاتفاقي وكما يسميه البعض الشرط الجزائي Clause pénale او البند الجزائي كما يسميه الفقه اللبناني .

ولا يعتبر الشرط الجزائي نظاما حديثا بل له جذور تاريخية متأصلة في القوانين القديمة وعرف تطورا تاريخيا هاما مما يؤدى بنا الى تخصيص جزء من بحثنا هذا للتطور التاريخي لهذا النظام القانوني ، لكن قبل ذلك يتعين علينا تحديد ماهية الشرط الجزائي واهميته . ولهذا يشتمل هذا الفصل التمهيدى على مبحثين :

- المبحث الاول : تعريف الشرط الجزائي ، انواعه واهميته .
- المبحث الثاني : التطور التاريخي للشرط الجزائي .

./.

المبحث الاول

في تعريف الشرط الجزائي ، انواعه واهميته

قبل ان نبين انواع واهمية الشرط الجزائي يقتضي الامر ان نعطي فكرة واضحة عن هذا النظام القانوني وذلك بتعريفه . وعلى هذا الاساس نتناول في هذا المبحث :

- اولا : تعريف الشرط الجزائي .
- ثانيا : انواع الشرط الجزائي .
- ثالثا : اهمية الشرط الجزائي .

اولا - تعريف الشرط الجزائي :

ان السؤال الذى نطرحه في بداية هذا المبحث يتعلق بتعريف الشرط الجزائي ، ما هو الشرط الجزائي ؟

وفي هذا الصدد نميز بين نوعين من التعريف ، التعريف القانوني ، والتعريف الفقهي .

1 - التعريف القانوني : Définition légale

ونقصد بالتعريف القانوني ذلك التعريف الذى يعطيه المشرع للنظام القانوني الذى يفرضه على الافراد . وبالرغم من ان التعريف ليس من اختصاص المشرع فهو غالبا ما يقوم بذلك ، وهذا ما يثير مشاكل قانونية قد تؤدى الى اختلاف الفقه حول طبيعة هذا النظام ، لان تعريف المشرع لنظام قانوني معين لا يعطينا الا القليل حول جوهر وطبيعة هذا النظام ، وخير دليل على ذلك الشرط الجزائي الذى نحن بصدده . حيث عرفه المشرع الفرنسي في مادتين ، المادة 1226 مدني فرنسي والمادة 1229 .

تنص المادة 1226 (1) مدني فرنسي على ان : " الشرط الجزائي هو الشرط الذى بموجبه يتعهد احد الاشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ ".

اما المادة 1229 (2) مدني فرنسي فقد عرفت الشرط الجزائي بأنه : " تعويض الدائن عن الاضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الاصلي .

ولا يمكنه ان يطالب في نفس الوقت بالاصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير".

يلاحظ على هذين التعريفين ان الاول هو تعريف عام من جهة ومن جهة اخرى يعتبر ناقصا (3) اذ اقتصر على عدم التنفيذ .

اما التعريف الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذى كان يعتبر الشرط الجزائي عقوبة . كما انتقد هذا التعريف لكونه جاء مخالفا لروح نص المادة 1152 مدني فرنسي والتي بمقتضاها يمكن للدائن ان يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه اى ضرر (4) .

لكن كيف يبرر هذا الازدواج في تعريف الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي ؟

---

(1) راجع = المادة 1226 مدني فرنسي = " La clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'éxécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution "

(2) راجع = المادة 1229 مدني فرنسي "La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obli--guation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine à moins qu'elle n'ait été stipuleé pour le simple retard"

(2) . اخذ المشرع اللبناني بنفس التعريف حيث نصت المادة 266 / 2 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني : " وقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحقه من عدم تنفيذ الموجب، فلا يحق له ان يطالب بالاصل والغرامة معا اذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير".

(3) راجع الاستاذين : Henri mazeaud et Lon mazeaud: Traité de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle, Tome 2, éd. Monté christian.1965. page 880.N92627.

(4) راجع ركن الضرر في المبحث الثاني من الفصل الثالث من الباب الاول . ص 121

حسب راى بعض الفقهاء (1) ان هذا الازدواج يرجع الى السبب التالي :

ان نص المادة 1226 مدني فرنسي قد اخذ من القانون الروماني الذى كان لا يعطي القوة الالزامية الا للاتفاقات التي محلها مبلغ من النقود ، اما الاتفاقات الاخرى التي محلها غير النقود ،فكانت تستمد قوتها الالزامية عن طريق الشرط الجزائي الذى كان يطلق عليه في القانون الروماني اصطلاح" Stipulatio poena (2)" اذ بفضله كان الدائن يضمن تنفيذ المدين الالتزام الاصلي حتى يفلت من دفع الجزاء . وهكذا كان الشرط الجزائي يلعب دور الضمان الذى تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1226 .

اما فيما يخص المادة 1229 مدني فرنسي فقد تأثر واضعو القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 بأفكار بوتيه الذى كان يعتبر الشرط الجزائي مجرد تعويض للدائن بسبب عدم تنفيذ المدين الالتزام الاصلي ،فنقل واضعو القانون المدني الفرنسي هذا التعريف في نص المادة 1229 .

وما يمكن ملاحظته ان المشرع الفرنسي باعطائه هذا التعريف المزدوج قد فتح مجال الخلاف امام الفقه حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي .

وحسنا فعل المشرع الجزائرى الذى عند وضعه التقنين المدني لم يعرف الشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة183 وبيان احكامه في المواد 184 و 185 .

---

(1) راجع = GABRIEL Khouri: La clause pénale en droit civil francais et Egyptien, thèse Paris 1937.Page 16

(2) راجع = Raymond Monier: Manuel élémentaire de droit Romain, tome 2, ed domat monte - christian, 1954, Page 314.

- وفي نفس المعنى : Girard: Manuel élémentaire de droit romain 1929.Page 702

./.

2 - التعريف الفقهي : Définition doctrinale

لقد عرف الفقه الشرط الجزائي بتعاريف مختلفة نذكر منها ما يلي =

أ) الفقه العربي =

عرف الاستاذ انور سلطان (1) الشرط الجزائي بأنه اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذى يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه او تأخر في تنفيذه .

كما عرفه الاستاذ عبد المنعم البدراوى(2) بأنه اتفاق سابق على تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ او التأخير فيه .

وقد عرفه الاستاذ عبد المجيد الحكيم(3) بأنه اتفاق بين الطرفين يحدد مقدما مقدار التعويض الذى يجب على المدين ان يدفعه الى دائنه في حالة عدم تنفيذه لالتزامه او تأخره في تنفيذه .

ب) الفقه الغربي =

لقد عرفه الاستاذ توليه Toullier (4) بأنه ذلك الشرط الذى يفرض على الشخص ضرورة اداء مبلغ او شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه او لتاخره في تنفيذه ،اما الاستاذ بوريس ستارك (5) فقد عرفه بأنه تقدير اتفاقي وجزافي للتعويض .

---

(1) راجع = انور سلطان ،احكام الالتزام،طبعة 1980 ،دار النهضة للطباعة،بيروت ص71 .

(2) راجع = عبد المنعم البداوى = النظرية العامة للالتزام،الجزء الثاني ،احكام الالتزام طبعة 1968 ،دار النهضة العربية - ص 80 .

- وفي نفس المعنى جورج الخليل ،اثار الموجبات وسقوطها ،الطبعة الثانية ،دار طريق الشام ،بيروت - ص 34 .

(3) راجع= عبد المجيد الحكيم،شرح القانون المدني ،الجزء الثاني ،احكام الالتزام، طبعة 1977 ،دار الحرية للطباعة . - وفي نفس المعنى حسن الذنون ،النظرية العامة للالتزامات،مصادر واحكام الالتزام،طبعة 1976 ،دار الحرية للطباعة - ص 353 .

(4) راجع= Toullier: Droit civil francais suivant d'ordre du code Tome 2,6ème ed. Page 3I6.N° 789.

(5) راجع= Boris Stark. Cours de droit civil, les obligations.ed.I972, page626 N°1QII3.

./.

اما الاستاذ قيو Guiho (1) فقد عرفه بأنه اتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الاطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ .

اما الاستاذ فرانسوا شابا (2) قد عرف الشرط الجزائي انه تحديد اتفاقي للتعويض.

يستخلص من هذه التعاريف المختلفة للشرط الجزائي ان الفقه مجمع على ان الشرط الجزائي ما هو الا تعويض وهذا ما دفع المشرع الى تنظيم احكام الشرط الجزائي في الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض.

كما يستنتج من هذه التعاريف ان الشرط الجزائي قد يكون مقررا لعدم التنفيذ اوللتأخير في التنفيذ .

ثانيا - انواع الشرط الجزائي =

يستخلص من المادة 176 مدني جزائرى ان التعويض الذى يحكم به القاضي على المدين في حالة استحالة التنفيذ العيني يكون اما لعدم التنفيذ اوللتأخير في التنفيذ ،فالاول يطلق عليه التعويض لعدم التنفيذ والثاني التعويض عن التاخير .

والشرط الجزائي كتعويض يمكن ان يتخذ احدى الصورتين الاتيتين =

---

(1) راجع= Guiho pierre, cours de droit civil, les obligations, tome 4, ed I979. Page I6I.

(2) François Chabas: Contrat, obligations, Juris classeurs Fascicule 27, article II46 à II55, clause pénale.

- وفي نفس المعنى راجع الاستاذين Planiol et Ripert, Traité pratique du droit civil, Tome 7, ed.I954. Page 5I8, N° 866.

./.

1 - الشرط الجزائي لعدم التنفيذ Clause pénale compensatoire

يهدف الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ الى تعويض الضرر المترتب عن عدم التنفيذ النهائي للالتزام الاصلي ، اذن فهو (1) يحل محل التنفيذ .

ونكون بصدد عدم التنفيذ متى اصبح التنفيذ مستحيلا ، ويكفي في هذا الصدد ان تضيع الظروف للدائن امل الحصول على التنفيذ مثل فقدان او هلاك محل العقد . ، وقد يكون عدم التنفيذ جزئيا او كليا وفي الحالتين وبحسب مسؤولية المدين عن ذلك يتحول عدم التنفيذ الى تعويض .

2 - الشرط الجزائي المقرر للتأخير = Clause pénale moratoire

ويهدف الشرط الجزائي المقرر للتأخير الى تعويض الدائن عن الضرر المترتب على تأخر (2) المدين في التنفيذ .

ويقدر هذا التعويض في شكل نسبة مئوية يتقاضاها الدائن عن كل يوم تأخير او اسبوع او شهر . ويكثر استعمال هذا النوع من التعويض في مجال القانون الادارى (3) وعلى الخصوص في العقود الادارية التي تبرمها الادارة مع المتعاقد معها .

---

(1) راجع = مازو ، المرجع السابق ، ص 653 ، رقم 2383 .

(2) راجع = مازو ، نفس المرجع ، ص 653 ، رقم 2383 ،
- وفي نفس المعنى الاستاذان بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، الجزء الثاني - ص525 ، رقم 221 .

(3) راجع = Vlachopoulos: La nature Juridique de la clause pénale et ses appli-cations dans les differents branches du droit, thèse Paris I950. Page 4I9

./.

وهناك اهمية كبيرة للتمييز بين التعويض لعدم التنفيذ والتعويض عن التأخير في التنفيذ حيث تختلف الاثار القانونية في الحالتين .

ان اتفاق الاطراف هو الذى يحدد اذا كان الشرط الجزائي مشترطا لعدم التنفيذ او للتأخير في التنفيذ ،واذا كان هذا الاتفاق واضحا وصريحا في تحديد نوع الشرط الجزائي ،فالامر لا يثير اى اشكال لكن اذا كانت ارادة الطرفين صريحة في ضمان الالتزام الاصلي بشرط جزائي لكنهما غير صريحة في بيان نوعه من حيث كونه مقررا لعدم التنفيذ او للتاخير في التنفيذ .

وفي هذا الصدد قرر الفقه والقضاء الحلول التالية =

أ) بالنسبة للقضاء ،قرر القضاء الفرنسي (1) ان معرفة ما اذا كان الشرط الجزائي مقررا لعدم التنفيذ او للتأخير في التنفيذ هي مسألة واقع و لقضاة الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين .

ب) بالنسبة للفقه ،اقترح بعض الفقهاء (2) معيارا للتمييز بين الشرط الجزائي المشترط لعدم التنفيذ والشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ .

---

(1) قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 8 يوليو 1873 ،المنشور بدالوز1873 الجزء الاول - ص 59 ما يلي =

Attendu que l'arrêt attaque constate qu'il résulte des faits et par appréciation de l'intention des parties que la clause pénale insereé dans la charte partie avait été stipulée non en vue de l'exécution du contrat mais en vue du retard à cette éxécution. c'est à bon droit que les juges avaient debouté les parties de leur demande de la clause pénale. Dés lors des dommages et interêts seront appréciés d'aprés les principes du droit commun et non d'aprés la stipulation de la clause pénale.

(2) انظر = غبريال خورى ،المرجع السابق - ص 43 =

" A l'égard de l'importance de l'obligation principale si celle ci est assez faible, on dira qu'il se reporte du retard. que si au contraire il se rapproche sensiblement du montant de l'ob--ligation pricipale, Il concervera propablement l'inexécution"

- وفي نفس المعنى =

Moruani: La clause pénale, thèse Paris I935. Page I08

./.

ويقوم هذا المعيار على قيمة الشرط الجزائي فهو معيار مادى مقتضاه انه اذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقارب قيمة الالتزام الاصلي فهو تعويض عن عدم التنفيذ لانه يهدف الى حلوله محل التنفيذ العيني للالتزام الاصلي . وما يميزه انه يقدر في شكل مبلغ جزافي يدفع مرة واحدة .

اما اذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقل عن مبلغ الالتزام الاصلي بدرجة كبيرة فيمكن اعتباره مقرر للتأخير في التنفيذ ، وما يميز هذا النوع من الشرط الجزائي انه يقدر بنسبة مئوية عن كل فترة زمنية يحددها الطرفان .

واخيرا يمكن للشرط الجزائي ان يتقرر لعدم تنفيذ الالتزام والتأخير في ذلك في نفس الوقت . ولا يطبق الشرط الجزائي الا للحالة التي تقرر من اجلها . وباعتباره استثناء من القواعد العامة التي تحكم التعويضات القضائية ، فاذا اشترط للتأخير في التنفيذ فلا يمكن المطالبة به في حالة عدم التنفيذ الكلي (1) للالتزام لانه يصبح بدون محل ، فمثلا لو عهد رجل اعمال الى مقاول ببناء مصنع واتفق على شرط جزائي للتأخير في تسليم مفاتيح المصنع ، فلا يمكن لصاحب المصنع ان يطالب بالشرط الجزائي لتهدم المصنع لان سوء البناء يمكن اعتباره كعدم تنفيذ للالتزام وليس تأخيرا في التنفيذ . والعكس صحيح اذا تقرر شرط جزائي لضمان عدم التنفيذ فلا يجوز المطالبة بهذا الشرط لتعويض الضرر الناتج عن التاخير في تنفيذ هذا الالتزام ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على شرط جزائي لضمان سلامة سلعة معينة فلا يمكن المطالبة اذا وصلت السلعة متأخرة .

---

(1) انظر = نقض مدني ، 8 يوليو 1874 ، داللوز سيرى 1874 - ص 56 حيث قضت محكمة النقض بما يلي = " Si les juges de fond se trouvent devand l'ambiguité d'une clause pénale et décident qu'il s'agit d'une clause pénale pour le retard, il ne l'appliqueront pas si le demandeur exige une indemnité pour inéxicution"

./.

ثالثا - اهمية الشرط الجزائي =

ان الشرط الجزائي كثير الاستعمال في الحياة العملية ، ومن الحقائق المسلم بها اننا لا نكاد اليوم نجد عقدا بين الافراد اوبين الدولة والافراد يخلو من الشرط الجزائي . ويلجأ الناس الى استعمال الشرط الجزائي بما يرون فيه من الفائدة التي يحققها لهم ، ويمكن حصر هذه الفائدة فيما يلي =

1 - تجنب المتعاقدين الاجراءات القضائية الطويلة والمعقدة =

اذا تضرر الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه ، له ان يلجأ الى القضاء ليطالب بتعويض الضرر الذى اصابه ، واذا حكم له القاضي بذلك فعلى الدائن ان يحترم اجراءات قضائية لتنفيذ حكم القاضي ، فعليه ان يستخرج نسخة من الحكم واكسائها بالصيغة التنفيذية والاستعانة بعد ذلك بعون التنفيذ لاقتضاء حقه . وبسبب هذه الاجراءات المعقدة والمتصلة بالجهاز القضائي يفضل الدائنون خاصة في عالم اليوم القائم على السرعة تجنب الحاكم واجراءاتها واللجوء الى استعمال الشرط الجزائي كطريقة ودية (1) لحل المنزاعات التي تقوم بينهم وبين المدينين .

2 - تجنب المتعاقدين المصاريف القضائية =

اصبحت المصاريف القضائية التي يدفعها المتعاقدون في الدعوى القضائية مرتفعة جدا وذلك اذا ما ادخلنا في عين الاعتبار مصاريف رفع الدعوى واتعاب المحامين واعوان التنفيذ . وبفضل تضمين العقد شرطا جزائيا كتعويض مسبق لعدم التنفيذ والتأخير يمكن التخفيف (2) على المتعاقدين من هذه المصاريف .

---

(1) راجع = مارياني ، المرجع السابق - ص 16 .

(2) راجع = Marie Madelaine du fort, La clause pénale dans le code des obliga--tions libanais, thèse Paris, 1937. Page 28.

./.

3 - يضمن الشرط الجزائي تنفيذ بعض الالتزامات =

ان التنفيذ العيني جبرا قد يكون محدودا في بعض الحالات وذلك لسببين ، من جهة بالنسبة للالتزامات التي يقتضي تنفيذها تدخل شخصي للمدين ، واذا رفض هذا الاخير القيام بها يحصل الدائن على تنفيذ بمقابل لان وسائل التنفيذ المباشرة اصبحت مستحيلة نظرا لما فيها من مساس بالحرية الشخصية للمدين .

ومن جهة اخرى في بعض الحالات يكون المدين معسرا فيوقف كل طريق للتنفيذ ، وفي القانون المدني الجزائرى والفرنسي بقيت وسيلة واحدة يمكن بمقتضاها الضغط بصفة غير مباشرة على ارادة المدين لحمله على التنفيذ وهي الاكراه المالي ، ولكن بالرغم من مزايا هذه الوسيلة وفاعليتها ، هناك عقبات تحد من قوتها ، فالطابع القضائي للاكراه المالي يقتضي بالضرورة اللجوء الى المحاكم وبالتالي ضرورة اتباع الاجراءات القضائية ودفع المصاريف القضائية ولهذا قد يفضل الدائن (1) تنفيذ مثل هذه الالتزامات بوسيلة قانونية مصدرها الاتفاق وهي الشرط الجزائي .

4 - تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض =

يهدف الطرفان من وراء استعمال الشرط الجزائي الى تجنب المشاكل القانونية والواقعية الناجمة عن عملية تقدير القاضي للتعويض .

فنعلم ان عناصر التعويض هي ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة والقاضي هو الذى يقوم بتقدير هذين العنصرين ولكن ما تجدر الاشارة اليه ان عملية التقدير هذه تقتضي معارف تقنية وعلمية قد لا تتوفر عند القاضي وبهذا قد يقدر القاضي التعويض بطريقة تحكمية (2) تؤدى الى الاضرار باحد الطرفين ، وهذا ما يرتب مشاكل قانونية مثل الطعن في حكم القاضي .

(1) راجع = فلاشا بولوس، المرجع السابق - ص 37 .
(2) راجع = انور سلطان ، المرجع السابق - ص 62 .

./.

كما تكلف عطية التقدير هذه الدائن بعض المصاريف حين يستعين القاضي بأهل الخبرة والاختصاص لتحديد الضرر ، والشرط الجزائي قد يقضي على هذه المشاكل باعتباره مبلغا جزافيا لا يمكن زيادته او انتقاصه الا على سبيل الاستثناء .

5 _ اعفاء الدائن من اثبات الضرر =

وفقا للقواعد العامة في التعويض،على الدائن اثبات الضرر الذى لحقه لاستحقاق التعويض،بينما يعتبر الشرط الجزائي خروجا عن القواعد العامة حيث لا يكلف الدائن باثبات الضرر (1) ، ويستحق الشرط الجزائي بمجرد الاخلال بالعقد .

6 _ الشرط الجزائي وسيلة لتعديل احكام المسوءولية =

ان نظام المسوءولية العقدية ليس مفروضا على الاطراف بل يمكن لهما تعديل احكامها اما بتشديدها او بتخفيفها والشرط الجزائي قد يوءدى هذا الدور (2) ،فحيث يكون المبلغ المتفق عليه ضئيلا يمكن اعتباره وسيلة لتخفيف المسوءولية او الاعفاء منها ،بينما اذا كان الشرط الجزائي مرتفعا امكن اعتباره وسيلة لتشديد المسوءولية .

---

(1) راجع = بوريس ستارك ، المرجع السابق _ ص 626 .
_ وفي نفس المعنى ،فرانسوا شابا ، المرجع السابق ، المادة 1152 في جوريس كلاسور
_ وفي نفس المعنى ،عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق _ ص 40 .
_ بالنسبة للقانون الجزائرى ، نقل المشرع عبئ الاثبات من الدائن الى المدين حيث يفترض المشرع حصول ضرر للدائن ، وعلى المدين اثبات عدم وقوعه للافلات من الشرط الجزائي ، راجع المادة 184 / 1 مدني جزائرى .

(2) راجع= انور سلطان ، المرجع السابق _ ص 62 .
_ وفي نفس المعنى عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق _ ص 83 .

./.

لم يقتصر استعمال الشرط الجزائي على المستوى الداخلي بل شاع استعمال هذا الشرط على المستوى الدولي وذلك قصد تجنب التأخر في تنفيذ العقود الدولية .

فمما لا شك فيه ان التعاون الاقتصادى بين الافراد والدول فيما بينها قد اصبح سمة اساسية من سمات العصر الحديث، ونظرة سريعة على الاسواق الداخلية نجد ما يستهلكه الفرد من سلع وخدمات ليس كله من انتاج وطني بل هناك سلع مستوردة من الخارج . وبالنسبة للدول النامية فلا يقتصر هذا التعاون الدولي على استيراد السلع الاستهلاكية بل يتعداها الى نوع آخر يتعلق بنقل التكنولوجيا الاجنبية لهذه البلدان ، ويتم هذا التعاون الاقتصادى الدولي في شكل عقود دولية يبرمها الافراد (1) فيما بينهم أو الدول فيما بينها عن طريق المؤسسات الممثلة لها .

واذا كانت العقود الوطنية لا تثير اى اشكال بالنسبة لابرامها وتنفيذها حيث وضع المشرع قواعد قانونية داخلية لتنظيم هذه المسائل ، اما بالنسبة للعقود الدولية فالامر يختلف بالنسبة لابرامها وتنفيذها ومع ذلك قد عالج المشرع مشكلة التأخر في تنفيذ هذه العقود بنفس الوسيلة المستخدمة على المستوى الداخلي وهي الشرط الجزائي (2) .

ونلاحظ ان كل العقود الدولية التي تبرمها الشركات الوطنية الجزائرية مع شركات اجنبية تتضمن شرطا جزائيا للتأخير في تنفيذ الالتزام ويكون

---

(1) ان التعاون الدولي في الجزائر قاصر على الدولة ومؤسساتها الوطنية طبقا لقانون احتكار التجارة الخارجية الصادر في فبراير 1978 .

(2) طبقا للمادة 68 من قانون الصفقات العمومية الجزائرى فان العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الاجنبية تخضع لهذا القانون . وقد نصت المادة 9 من هذا القانون على الزامية ادراج شرط غرامة التاخير في العقد .

./.

على الشكل الاتي : " اذا تأخر المورد في تنفيذ التزامه يدفع غرامة تأخير نسبتها 1 ٪ من الصفقة وفي جميع الاحوال لا يجوز ان تجاوز هذه النسبة 5 ٪ من قيمة الصفقة .

وبعد ان بينا ماهية الشرط الجزائي ، انواعه واهميته يبقى لنا ان نشير الى ان هناك عدة اصطلاحات او تسميات تطلق على الشرط الجزائي ويمكن ان نرتب هذه الاصطلاحات على الشكل التالي :

أ) الاصطلاح التنظيمي = Terminologie organique

يجد هذا الاصطلاح اساسه في التنظيم القانوني الذى يعطيه المشرع للشرط الجزائي . وقد استعمل المشرع الفرنسي في التقنين المدني وهو ينظم احكام الشرط الجزائي ، اصطلاح التزامات بشرط جزائي Obligations avec clause pénéle

ب) الاصطلاح الوظيفي = Terminologie fonctionnelle

غالبا ما يستعمل الفقه اصطلاحات مختلفة لنظام قانوني معين وذلك لاستناده الى وظائف معينة لهذا النظام . وفيما يخص الشرط الجزائي هناك جانب من الفقه اعتبره وسيلة اكراه وضغط على ارادة المدين واطلق عليه اصطلاح العقوبة الخاصة (1) او العقوبة الاتفاقية (2) وهذا الاصطلاح يؤكد على الطابع العقابي للشرط الجزائي ، وهناك جانب اخر من الفقه يعتبر الشرط الجزائي تعويضا ويطلق عليه اصطلاح التعويض الاتفاقي (3) .

---

(1) راجع = Demogue: Traité des obligations en général, tome 6, ed I933.page II2

(2) راجع = Huqueney: l'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Paris I904.page 26

(3) راجع = محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، الطبعة الاولى ص 303 . - وفي نفس المعنى جبرئيل غزال ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي مجلة المحاماة سنة 41 ، العدد 10 ، ص 887 وما بعدها .
يستلخص من المواد 183 و 184 ان المشرع الجزائرى يميل الى هذا الاصطلاح اذ يقول : التعويض المحدد في الاتفاق .

. / .

ج) الاصطلاح التاريخي = Terminologie historique

يرى بعض الفقهاء (1) ان تسمية الشرط الجزائي ما هي الا ترجمة للاصطلاح الروماني Stipulatio poena

ولكن بالرغم من هذه الاصطلاحات جرى الفقه والقضاء على استعمال الاصطلاح التاريخي وهو الشرط الجزائي ،وهذا ان دل على شيء يدل على ان هذا النظام القانوني قد عرف تطورا تاريخيا ،وهذا ما نحاول بيانه في المبحث التالي =

****

المبحث الثاني

في التطور التاريخي للشرط الجزائي

تمهيد =

يعتبر الشرط الجزائي من الانظمة القانونية ذات الجذور المتأصلة في القدم ولا بد لفهمها وتحديد طبيعتها القانونية والاحاطة بخصائصها عما تشتبه به من الاطلاع على نشأتها التاريخية وظروف تطورها عبر التاريخ . فالظروف التاريخية سواء كانت اقتصادية سياسية ام اجتماعية هي التي تحدد بعض آثارها . ومن هنا فمن الضرورى التعرف على هذه الظروف في دراسة الشرط الجزائي مع الاشارة الى ان المؤلفات التي تطرقت الى موضوع الشرط الجزائي لم تتطرق الى نشأته التاريخية ولهذا السبب خصصنا في بحثنا هذا مبحثا كرسناه للتطور التاريخي للشرط الجزائي .

وتطرقنا للتطور التاريخي نتناول فيه نشأة هذا النظام والمراحل التي

---

(1) راجع = فلاشا بولوس، المرجع السابق - ص 22 .

./.

مر بها منذ العهد القديم مرورا بالقانون الروماني الذى هو مصدر معظم التشريعات الحديثة ثم القانون الكنسي ثم القانون الفرنسي ودون اهمال القاء نظرة على القانون المدني الجزائرى الذى يعتبر من القوانين الحديثة .

اولا - الشرط الجزائي في القوانين القديمة : القانون الاغريقي =

لقد تنبه الدائنون في اليونان الى ضرورة تأمين انفسهم ضد خطر عدم تنفيذ المدين التزامه بسبب اعساره او سوء نيته او تهاونه ، فاوجدوا التأمينات الشخصية والعينية والاكراه البدني وكذلك الشرط(1) الجزائي ، وكان اليونانيون يضمنون عقودهم شرطا جزائيا ، سواء كانت هذه العقود خاضعة للقانون الخاص او للقانون العام ، وكان الجزاء بالنسبة لما نسميه اليوم اشخاص القانون العام اكثر صرامة منه بالنسبة للافراد العاديين (2) ومثال ذلك في عقد قرض تم ما بين مدينة اركسيني Arkesiné واحد رجال البنك Alexandros حيث تضمن عقد القرض هذا شرطا جزائيا يقضي بأنه في حالة عدم دفع المدينة الفوائد في تاريخ استحقاقها سيدفع امين خزينة المدينة ضعف الفوائد مع امكان اجبار المدينة على ذلك بطريق التنفيذ وجزاء دفع الضعف Stipulation du double كان موجودا بكثرة في عقود القرض التي تتم بين الافراد العاديين (3) .

ومن التطبيقات الاخرى للشرط الجزائي في القانون الاغريقي ما يتعلق بالقانون البحرى (4) حيث كانت عقود القرض البحرية المخصصة لتجهيز السفن للرحلة من اثينا الى مصر تتضمن شرطا جزائيا يستحقه المقرض في حالة عدم رجوع السفينة الى اثينا .

---

(1) راجع= مارياني ، المرجع السابق - ص 15 - وفي نفس المعنى : Bauchet Ludovic
Histoire du droit privé dans la république athenienne 1897, les Obligations Tome 4, Page 182.

(2) راجع= مارياني ، المرجع السابق - ص 30 .

(3) راجع = مارياني ، نفس المرجع - ص 3■ .

(4) راجع= Dareste: Le prêt à la grosse chez les atheniens 1867
اشار اليه ، مارياني ، المرجع السابق- ص 17 .

./.

وهناك تطبيق اخر للشرط الجزائي هو تضمين المناقصة شرطا جزائيا حيث كان المقاول يلتزم بانهاء اعماله في وقت محدد واذا تأخر في ذلك يدفع غرامة تأخير، ويعرض العمل الذى لم يتمه المقاول للمناقصة من جديد .

ورای بعض الفقهاء ان هذا التطبيق الاخير يوافق الشرط الجزائي المقرر للتأخير في القانون الوضعي الحالي .

وهذه الامثلة كلها دليل على ان الاغريق عرفوا نظام الشرط الجزائي كوسيلة لاجبار المدين على تنفيذ التزامه، ويقول الاستاذ ماريانى في هذا الصدد =

" ان الشرط الجزائي عند الاغريق وجد بالقياس الى الجزاءات المنصوص عليها في القانون الجنائي الاغريقي، والشرط الجزائي ما هو الا جزء منه انفصل عنه ليتطور على مسرح القانون المدني وخير دليل على ذلك ان الجزاءات المتفق عليها اى الجزاءات التي يفرضها الدائنون على مدينهم هي نفس الجزاءات في القانون الجنائي مثل دفع الضعف Stipulation du double وكذلك عقوبة Hemolion وتعني ان يدفع المدين قيمة الشيء مرة ونصف" .

وكان الاطراف احرارا في تحديد الجزاء المستحق لضمان تنفيذ الالتزام اذ لم تكن انذاك الارادة مقيدة وكان بالامكان ادراج شرط جزائي مبالغ فيه في عقد القرض باعتبار ان القانون الاغريقي لم يحرم الربا ولم يعتبره جريمة .

والفقة (1) مجمع على ان الشرط الجزائي في هذه المرحلة كان مجرد عقوبة خاصة تهدف الى اكراه المدين على تنفيذ التزامه وخير دليل

---

(1) راجع= ماريانى ، المرجع السابق - ص 21 .

./.

على ذلك ان القوة القاهرة لا تعفي المدين من دفع قيمة الشرط الجزائي هذا من جهة، ومن جهة اخرى في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه كان القاضي (1) يحكم على المدين بتنفيذ الالتزام الاصلي والجزاء في نفس الوقت فكانت قاعدة الجمع بين الاصل والجزاء مطبقة بشدة عند الاغريق .

ثانيا - <u>الشرط الجزائي في القانون الروماني</u> =

لقد لعب الشرط الجزائي في القانون الروماني دورا لا يستهان به وقد عرف هذا القانون في نصوصه نظام الشرط الجزائي على شكلين =

الشكل الاول : " Si pamphilum non dederis centun dare spondes " (2) .

" اذا لم تعطيني بنبيل عاهدني انك تعطيني مائة"

" Si vous me donnez pas pampil, promettez vous de donner cent " (3)

الشكل الثاني (4) : "Pàmphilum dare spondes? si non deris centum dare spondes " promettez vous de donner pampil? si vous ne le donnez pas promettez vous de donner cent".

"عاهدني انك تعطيني بنبيل ؟ اذا لم تعطيني اياه عاهدني انك تعطيني مائة"

فيما يخص الشكل الاول = لقد ظهر الشرط الجزائي بشكله الاول في في المراحل الاولى من القانون الروماني ،وكان الهدف من استعماله هو

---

(1) راجع = Lecrivain: Peine et stipulation du double, page 309
اشار اليه ماریاني ،المرجع السابق - ص 21 .
(2) يقصد بعبارة بنبيل Pampil ،العبيد .
(3) راجع في ترجمة هذا النص اللاتيني ،جيرار ،المرجع السابق ،ص 702 ،وفي نفس المعنى مونيه ،المرجع السابق - ص 314 .
(4) راجع= جيرار ،المرجع السابق - ص 702 .
- وفي نفس المعنى مونيه ،المرجع السابق - ص 314 .

./.

ضمان تنفيذ بعض الالتزامات التي لم يكن انذاك القانون الروماني يعترف لها بالقوة الالزامية اذ كان القانون الروماني في بدايته يقصر الحماية القانونية على الالتزامات التي محلها مبلغ من النقود .

وكان الشرط الجزائي في هذه المرحلة وفي شكله الاول يتسم بطابع عقابي (1) يرمي الى عقاب المدين وليس الى تقدير التعويض المستحق عند وقوع الضرر كما هو في القوانين الوضعية الحالية اذ اعتبر الرومان انذاك المدين المخل بالتزامه مجرما يستوجب العقاب .

ولقد اعتبر الفقهاء الرومان الشرط الجزائي في شكله الاول اشتراطا شرطيا وعلى ضوء هذا التكييف وضعوا قواعد (2) تحكمه يمكن اجمالها فيما يلي =

أ) لاعتبار الشرط الجزائي صحيحا يكفي ان يكون الاداء المشترط قابلا للاشتراط دون حاجة ان يكون محل الاشتراط الاصلي صحيحا .

ب) يستحق الشرط الجزائي كاملا حتى في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام من طرف المدين وذلك لعدم امكان تقسيم الشرط .

ج) يستحق الشرط الجزائي بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اعذار المدين .

د) القوة القاهرة لا تعفي المدين من دفع الشرط الجزائي .

هـ) يعتبر عدم تنفيذ الالتزام بمثابة تحقق الشرط الذى بمقتضاه يستحق الشرط الجزائي ،فيكون للدائن حق طلب الجزاء والتعويض معا .

---

(1) راجع Adré Flinaux: Le concepte de la clause pénale chez les canonistes Melange fournier I929, page 234.
" La plus ancienne forme de la stipulatio poena nous met en effet en presence d'une peine destinée à puner le débiteur defaillant.

(2) راجع = جيرار ،المرجع السابق- ص703 - وفي نفس المعنى الاستاذ فلينو ،المرجع السابق ص 235 .

./.

لكن بتطور القانون الروماني بدأ الشرط الجزائي يفقد طابعه العقابي ليتجه نحو الطابع التعويضي ، وبدأ الفقهاء الرومان يستبعدون بعض القواعد المترتبة على فكرة العقوبة واهمها مسالة الجمع بين الجزاء والتعويض وذلك بظهور الشكل الثاني للشرط الجزائي Pamphilum Dare spondes

في هذه المرحلة لم يعد الشرط الجزائي يلعب دور ضمان تنفيذ التصرفات المجردة من القوة الملزمة اذ اصبحت كل الاتفاقات لها قوة ملزمة ويكفل القانون تنفيذها ، فاصبح الشرط الجزائي يلعب دورا اخر وهو تعويض(1) الدائن عن الضرر الذى لحقه اذ وفقا للصيغة الثانية للشرط الجزائي اصبح هناك التزام اصلي والى جانبه شرط جزائي يضمن تنفيذ هذا الالتزام الاصلي ، وعلى هذا الاساس ظهرت قواعد (2) جديدة تحكم الشرط الجزائي يمكن حصرها فيما يلي =

أ) لا يمكن الجمع بين التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي .

ب) لا يجوز الجمع بين تنفيذ الالتزام الاصلي عينا والشرط الجزائي .

جـ) يستحق الدائن التعويض الاتفاقي بمجرد عدم تنفيذ المدين التزامه حتى ولو لم يلحق الدائن اى ضرر .

<u>الاحكام المشتركة (3) بين الشكلين للشرط الجزائي =</u>

في الصيغتين يوجد عنصر مشترك وهو التزام المدين بدفع الغرامة في حالة عدم تنفيذ الالتزام الاصلي وتستحق هذه الغرامة بقوة القانون اذا تحقق الشرط . كما يستحق الشرط الجزائي كاملا في حالة التنفيذ الجزئي وذلك نظرا لعدم امكان تقسيم الشرط الجزائي .

---

(1) راجع = فلينو، المرجع السابق - ص 235 .

(2) راجع= ماریاني ،المرجع السابق - ص 36 .

(3) راجع = ماریاني نفس المرجع، - ص 38 .

كما انه لا ضرورة لاعذار المدين في حالة تحديد الاجل لاداء الالتزام الاصلي ، واخيرا ان القوة القاهرة لا تعفي المدين من دفع الشرط الجزائي .

<u>الاحكام الخاصة بكل صيغة</u> =

في الشكل الاول للشرط الجزائي يعتبر هذا الاخير اشتراطاً شرطيا stipulation conditionnel يستحقه الدائن في حالة تحقق الشرط وهو عدم تسليم العبيد .

بينما في الصيغة الثانية نكون بصدد اشتراطين وهما الاول اشتراط اصلي يتمثل في تسليم العبيد والثاني هو دفع المبلغ في حالة عدم تنفيذ المدين هذا الالتزام ، ويترتب على ذلك انه لو اخل المدين بهذا الالتزام يمكن للدائن ان يطلب التنفيذ العيني للالتزام الاصلي او يكتفي بطلب الشرط الجزائي المتفق عليه .

وما تجدر الاشارة اليه ان الطابع التعويضي الذى بدأ الشرط الجزائي يظهر به في القانون الروماني سرعان ماأندثر واستمد طابعه المقابي خاصة في المراحل الاخيرة لهذا القانون .

لكن منذ العهد الكنسي استرجع الشرط الجزائي طابعه التعويضي (2) . وهذا ما نحاول تبيانه .

<u>ثالثا - الشرط الجزائي في القانون الكنسي</u> =

لقد اهتم رجال الدين والفقه بموضوع الشرط الجزائي اهتماما بالغا لكن ما هو السبب في هذا الاهتمام؟

---

(1) راجع = ماریاني ، المرجع السابق - ص 36 .
(2) راجع = فلينو ، المرجع السابق - ص 235 .

./.

لقد اصبح الشرط الجزائي في العصر الكنسي وسيلة لاخفاء الربا الذى حرمته الكنيسة وعن طريق بحث موضوع الشرط الجزائي كشف الكنسيون الربا بكل اشكاله وتوصلوا الى تحديد دور الشرط الجزائي الذى اعتبروه تعويضا ، وهنا نشير الى ان واضعي القانون المدني الفرنسي اقتبسوا معظم قواعد الشرط الجزائي من احكام بوتيه والتي مصدرها القانون الكنسي . ونظرة سريعة على تاريخ تحريم القرض بفائدة يساعدنا على فهم تطور الشرط الجزائي عند الكنسيين . لقد حرمت الكنيسة القرض بفائدة بين الافراد دون ان تهتم بعواقب هذا التحريم . وفي بداية الامر قصرت جمعية رجال الدين او ما يسمى بـ Comcile de nocée هذا التحريم على رجال الدين في سنة 325 . وفي سنة 789 مدده شارلمان على المدنيين .

وباكتشاف قارة جديدة تكاثرت الاعمال وازداد نشاط الافراد التجارى مما استلزم استثمار الاموال لكن الكنيسة تمسكت بقاعدة تحريم الفائدة واعلنت بطلان كل اشتراط للفائدة .

وكانت الكنيسة تطبق جزاء الطرد (1) على مرتكبي جريمة الربا . وامام هذه القواعد الدينية والقانونية التي عرقلت التطور الاقتصادى والتي ضيقت على رجال الاعمال في نشاطهم ، فبحث هؤلاء عن وسائل تسمح لهم بممارسة الربا في شكل خفي حتى لا يتعرضوا للجزاءات المقررة لجريمة الربا .

ومن بين الوسائل التي استعملها هؤلاء الرجال لمخالفة قواعد تحريم الربا الشرط الجزائي حيث بمقتضاه يلتزم المدين بدفع مبلغ من النقود في شكل نسبة مئوية في حالة التأخير ، والحقيقة ان رجال الاعمال كانوا

---

(1) راجع = فليتو ، المرجع السابق - ص 237 .

يهدفون من وراء ذلك الى تقاضي فوائد على روءوس الاموال التي كانوا يقرضونها لكن سرعان ماتفطن رجال الدين وبعض الفقهاء الكنسيين الى هذه الحيلة وبحثوا علاقة الشرط الجزائي بالفائدة لكشف العمليات الربوية المخفاة وقد توصل احد رجال الدين Robert de courcon الى كشف هذه العملية الربوية حيث قال في كتابه (1) Summa casibus " يوجد في هذا العقد ربا ،لكن مخفي في شكل شرط جزائي ".

ونظرا لعدم امكان تحريم الشرط الجزائي ،اقترح الفقهاء مسالة صحته وشرعيته في عقد القرض. وحاول هوءلاء الفقهاء امثال Robert de courcon و Raymond de Pena fort وضع معيار للتمييز بين الشرط الجزائي الصحيح ، والشرط الجزائي الذى يخفي الربا . وقد وضعوا معيارا ذاتيا يقوم على نية المشترط ومقتضاه اذا كان هدف الشرط الجزائي ردع المدين لحمله على تنفيذ التزامه كان الشرط الجزائي صحيحا ،اما اذا كان المقرض لا يهدف الى تهديد المدين بل الحصول على شيء اكثر اعتبر الشرط الجزائي ربا . لكن هذا المعيار الذاتي كان قاصرا وغير كاف لكونه يتعلق بالنية ويصعب التوصل الى النية الحقيقية للدائن وما يريده .

ولهذا اقترح Raymond de Penafort (2) معيارا موضوعيا يقوم على قرينتين ،الاولى تقضي انه من تعود القيام بالربا يفترض فيه انه اشترط الشرط الجزائي كربا وليس كتهديد للمدين ،اما الثانية فتقضي بأن من اشترط شرطا جزائيا في شكل اقساط تدفع في اوقات محددة يفترض فيه انه قصد الربا ،ولكن لم ينجح هذا المعيار حيث راى الفقه ان القرينة الاولى لا يمكن تطبيقها على القرض بفائدة ،اما الثانية فقد استطاع الدائنون

---

(1) راجع = Robert de courcon: Summa casibus.
اشار اليه ،فلينو ،المرجع السابق -ص 237 .

(2) راجع = فلينو ،المرجع السابق -ص 238 .

./.

الافلات منها وذلك باشتراطهم مبلغا جزافيا بدلا من الاقساط.

وامام هذا الوضع كان من الضرورى البحث عن وسيلة يمكن ان توفق بين احترام القواعد الدينية وتطور النشاط الاقتصادى والاعمال. ولهذا عرضت نظرية التعويض للنقاش، ومنها استخلص الفقه مفهوما جديدا للشرط الجزائي، وقد استند الفقه على نص في القانون الروماني كان يميز في عقد الشركة بين الفائدة الربوية والتعويض(1). وعلى ضوء هذا النص ميز الكنسيون بين الفائدة الربوية كما حددتها الكنيسة وهي كل اضافة او زيادة على راس المال وبين التعويض الذى هو اصلاح الضرر الذى اصاب الدائن.

وقرر الكنسيون بأنه لا علاقة للتعويض بالفائدة الربوية وعلى هذا الاساس ان المقرض الذى يطلب تعويضا بسبب عدم رد القرض في الاجل المحدد فهذا المبلغ الذى يتحصل عليه المقرض زيادة على مبلغ القرض لا يعتبر مالا زائدا وبالتالي لا يمكن تكييفه من الناحية القانونية ربا بل هو تعويض عن الضرر الذى لحقه من جراء التأخير في ذلك.

وقد عرض Jean d'Allemagne (2) هذه الافكار الجديدة وقال "اذا اعذر شخص آخر للوفاء بدين وتأخر في ذلك جاز له ان يطالبه بفوائد لكن باعتبارها تعويضا وليس ربا".

---

(1) اشار الى النص بكامله، ماريانى، المرجع السابق - ص 21.

باللغة اللاتينية Digeste, I7.2" Socium qui en eo quod ex societate lucri faceret, redendo moram adhibuit eum ea pecunia usud sut usuras sit queque eum praestare dehere labeo cut, sed non quasi unsuras, sed quoed soci intersit moram eum non adhibuse "

وترجمه باللغة الفرنسية: " La loi socium qui": L'associé qui avait mis son associé débiteur en demeure, pouvait lui reclamer des dommages intérêts equivalents à l'interêt qu il avait eu à ce que ce dernier ne fut pas en demeure.

Ce n'etait pas un bénéfice qu'il réalisait mais un intérêt ".

(2) اشار اليه، فلينو، المرجع السابق - ص 239.

./.

ويعتبر الفقيه Raymond de pénafort (1) اول فقيه كنسي حدد العلاقة بين التعويض والشرط الجزائي وذلك بتساؤله اذا كان بامكان تجاوز مبلغ الشرط الجزائي مقدار التعويض الذى كان للقاضي ان يحكم به ،وان كان هذا الاخير لم يجب على هذا السوءال فاجاب عليه احد الفقهاء هوالاستاذ Guillaume de René الذى كان احد طلبة الاستاذ Raymond de Pénafort وقرر الفقيه الاول ان للشرط الجزائي وظيفتين هما:الاولى: يكون للشرط الجزائي وظيفة التعويض وفي هذه الحالة لا يمكن ان يتجاوز مبلغ التعويض الذى كان للقاضي ان يحكم به .

والثانية:قد يكون الشرط الجزائي عقوبة تهدف الى عقاب المدين المخطيء وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كاملا اذا لم يستعمل بصفة قانونية وقد ميز بين ثلاثة حالات يستعمل فيها الشرط الجزائي :

- ضمان الشرط الجزائي لعمل معين .
- ضمان الشرط الجزائي شيئا معينا .
- ضمان الشرط الجزائي مبلغا من النقود .

في الحالتين الاوليتين يكون الشرط الجزائي صحيحا متى استعمل ،اما في الحالة الثالثة قد يفترض الغش وما دام ان القانون الكنسي قد حرم الفائدة بكل اشكالها لهذا استعان بنظرية التعويض وقرر ان الشرط الجزائي يكون صحيحا اذا كان تقديرا للتعويض الذى يستحقه الدائن بسبب الضرر الذى يلحقه من جراء عدم تنفيذ العقد ولهذا اخضع الشرط الجزائي لاحكام التعويض وبهذا ظهر المفهوم التعويضي للشرط الجزائي على المسرح القانوني .

وجاء بعد ذلك الاستاذ Hestinus فحدد نطاق تطبيق الشرط الجزائي

---

(1) كذلك اشار اليه فلينو،المرجع السابق - ص 239 .

./.

على التصرفات التي يكون محلها عملا او تقديم شيء محقق ،اما التصرفات التي يكون محلها مبلغا من النقود فلا يصح فيها الشرط الجزائي الا اذا كان يهدف تعويض الدائن عن الضرر المترتب عن التأخير .

واخيرا تساءل الفقه الكنسي (1) عن مدى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وانقسم الفقه في هذه المسالة الى قسمين حيث راى الفقيه Hestinus ان الشرط الجزائي باعتباره تعويضا لعدم تنفيذ المدين التزامه او تأخره في ذلك فيجوز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي متى تجاوزت ضعف قيمة الشيء محل الالتزام الاصلي ،بينما رفض الفقيه Ponormitoros الاعتراف للقاضي بهذه السلطة ،فالشرط الجزائي في رايه تقدير جزافي للتعويض يهدف الى اعفاء الدائن من اثبات الضرر .

ومن خلال هذه الدراسة التاريخية للشرط الجزائي في القانون الكنسي .

يتبين لنا بأن هذا الاخير قد رسخ الاحكام القانونية للشرط الجزائي والتي تبناها فقهاء القانون الفرنسي .

<u>رابعا - الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي</u> =

<u>1 - في القانون المدني الفرنسي القديم</u>=

لقد تأثر ديمولان بالقانون الكنسي فنقل احكام الكنسيين (2) فيما يتعلق بالشرط الجزائي حيث اعتبره تقديرا جزافيا للتعويض، كما حذا حذو الفقيه Hostinus وقرر ان بامكان القاضي تعديل الشرط الجزائي .

---

(1) راجع= ماريانى ،المرجع السابق - ص 38 .
- وفي نفس المعنى ،فليتو - ص 260 .

(2) راجع= Giffard: Droit Romain et ancien droit français 3ème ed.I970 Page I28.

./.

وفي القرن 18 نقل بوتيه (1) بدوره افكار ديمولان الخاصة بالشرط الجزائي والتي هي مصدر القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 .

وفي الفصل الاول من الجزء الثاني من كتابه الالتزامات ذكر بوتيه التقسيمات المختلفة للالتزامات ومن بين هذه التقسيمات، تقسيم الالتزامات الى التزامات اصلية والتزامات ثانوية، وتنقسم الالتزامات الثانوية بدورها الى قسمين التزامات ثانوية تترتب بصفة طبيعية على الالتزامات الاصلية ولا تحتاج لاتفاق لتحديدها بل تولد مباشرة عند عدم تنفيذ الالتزام الاصلي او التأخير فيه ومثال ذلك تحول الالتزام الاصلي في حالة عدم تنفيذه الى التزام بالتعويض. وهناك التزامات ثانوية اخرى تنشأ عن طريق شروط تدرج ضمن العقد والتي بمقتضاها يلتزم الشخص بأداء معين اذا لم ينفذ التزامه وتسمى هذه الشروط بالشرط الجزائي الذى يعتبر التزاما تبعيا .

فالشرط الجزائي عند بوتية التزام تبعي يهدف الى ضمان الالتزام الاصلي وبناء على هذه الفكرة رتب بوتية عدة نتائج هي =

- <u>النتيجة الاولى</u> = ان بطلان الالتزام الاصلي يؤدى الى بطلان الشرط الجزائي، وان بطلان الشرط الجزائي لا يبطل الالتزام الاصلي ويعلل ذلك بوتية بان الشرط الجزائي هو الذى يهدف الى ضمان الالتزام الاصلي .

- <u>النتيجة الثانية</u> = الشرط الجزائي تعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الاصلي ويترتب على ذلك ما يلي =

أ) لا يجوز للدائن ان يجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي وهذا الاخير لا يمنعه من طلب التنفيذ العيني .

---

(1) راجع = مارياني، المرجع السابق - ص 50 .

./.

ب) اذا كان الشرط الجزائي مبالغا في تقديره يجب تخفيضه الى الحد المعقول وبرر بوتيه موقفه بأن قبول المدين مثل هذ الشرط يكون عن خطأ .

- النتيجة الثالثة = لاستحقاق الدائن الشرط الجزائي ،عليه ان يعذر المدين وذلك سواء تضمن الالتزام الاصلي اجلا ام لا .

- النتيجة الرابعة = يرى بوتيه اذن انه اذا نفذ المدين جزءا من التزامه وجب على القاضي تخفيض مبلغ الشرط الجزائي بقدر هذا التنفيذ الجزئي .

ويعلل بوتيه رايه بالاستناد الى المفهوم التعويضي للشرط الجزائي .

2 - الشرط الجزائي في القانون الفرنسي لسنة 1804 =

تأثر واضعو قانون نابليون لسنة 1804 بقواعد بوتيه حيث قننوا (1) كل الاحكام السابق الاشارة اليها ،ولم يستبعدوا الا البعض منها والتي كانت في نظرهم لا تتماشى وهدف القانون الجديد واستحدث واضعو القانون المدني بعض القواعد الاخرى وبها افترقوا عن القانون المدني الفرنسي القديم ،ومن هذه القواعد قاعدة ثبات الشرط الجزائي التي تبنتها المادة 1152 مدني فرنسي والتي تنص على ما يلي " عندما يتضمن الاتفاق ان من يقصر في تنفيذ التزامه يلتزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض،لا يسمح للطرف الاخر طلب زيادة او نقص" .

وقد حافظت محكمة النقض الفرنسية على هذا المبدأ ونقضت جميع الاحكام القضائية التي حاولت ان تحد من شدته .

---

(1) راجع = مارياني ،المرجع السابق - ص 50 .

./.

وقد ادى مبدأ ثبات الشرط الجزائي الى نتائج خطيرة حيث اصبح الدائنون يشترطون شروطا جزائية مفرطة وامام هذا الوضع كان القاضي مجردا من كل سلطة تمكنه من حماية المدينين الحسني النية .

وقد نادى الفقه (1) وبعض احكام القضاء بضرورة تدخل القاضي للحد من هذه التعسفات وبالفعل استجاب المشرع لهذا الطلب وعدل احكام الشرط الجزائي بمقتضى قانون 9 يوليو 1975 .

خامسا ـ الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري =

كانت الجزائر دولة مستعمرة وبعد الاستقلال لم يكن بوسع هذا البلد الجديد الغاء التشريعات التي كانت مطبقة ابان المرحلة الاستعمارية واحلال محلها تشريع جزائري وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لتلك المرحلة . لهذا قررت الحكومة الجزائرية بمقتضى قانون 31 ديسمبر 1962 ابقاء العمل بالتشريع الفرنسي الا ما كان منه معارضا مع سيادة الدولة او كان له طابع عنصري . كما وعدت الحكومة بالتزامها باصدار تشريع جزائري يتماشى واهداف الحكومة الجديدة . وعلى هذا الاساس ظل التقنين المدني الفرنسي مطبقا في الجزائر ، وكان الشرط الجزائي يخضع لنفس احكام القانون الفرنسي اى المواد 1126 حتى 1133 زائد المادة 1152 والتي قررت مبدأ ثبات الشرط الجزائي .

وفي 26 سبتمبر 1975 وضع المشرع الجزائري حدا لهذه التبعية القانونية ان صح التعبير باصداره القانون المدني الجزائري فنظم احكام الشرط الجزائي بثلاث مواد (المادة 183 ، 184 ، 185) وقد اكدت النصوص الجديدة على الطابع التعويضي للشرط الجزائي متجاهلة الوظيفة

---

(1) راجع المبحث الثاني من الفصل الاول في الباب الثاني الخاص بالشرط الجزائي في القانون الفرنسي ، ص 139 .

./.

العقابيـــة التـي قـد يلعبهـا هـذا الاخيـــر ،وهنـا نشيــر ان المشـرع الجزائرى سايـر التقنينـات المدنيـة العربيـــة ،وهـذا ما نبينـه فيما بعـد .

وهكـذا نكـون قـد استوفينـا هـذا الفصـل التمهيـدى ببيـان ماهيـة الشـرط الجزائـي وتطـوره التاريخـي .

*****

البـــاب الاول

فـي النظرية العامة للشـرط الجزائـي

تمهيـد =

ان الشـرط الجـزائـي يثيـر مسائـل قانونيـة شتـى عـالجهـا الفقـه والقضـاء ومن بيـن هـذه المسائـل بيـان خصائصـه ومقارنتـه عمـا يتصـل بـه مـن نـظـم قـانونيـة وان كـان هـذا العمـل لـم يختلـف فيـه الفقـه ،انمـا احتـدم الخـلاف حـول الطبيعـة القانونيـة للشـرط الجـزائـي مـن جهـة ومجـالـه او نـطـاقـه مـن جهـة اخـرى .

فبـالنسبـة للطبيعـة القـانونيـة ،ذهـب اتجـاه الـى اعتبـار الشـرط الجـزائـي تعـويضـا بينمـا اعتبـره اتجـاه اخـر عقوبـة ،ولكـل فـريـق اسـانيـده .

اما بالنسبـة لمجـالـه فمـن المتفـق عليـه فقهـا وقضـاء ان الشـرط الجـزائـي ينحصـر فـي اطـار المسـؤوليـة العقـديـة ،ومـع ذلـك ذهـب فريـق من الفقـه الـى تـصـوره فـي مجـال المسـؤوليـة التقصيريـة . ولكـن مهمـا كـان نـطـاق الشـرط الجـزائـي فـانـه لا يمكـن الحكـم بـه الا اذا تـوفـرت اركـان المسـؤوليـة وذلـك لكـونـه جزاءً لهـا .

ونحـاول ان نتعـرض لهـذه المسـائـل القـانونيـة تفصيـلا وذلـك بتقسيمنـا هـذا البـاب الـى ثـلاثـة فصـول نتنـاول فـي =

- الفصـل الاول = خصائص الشـرط الجـزائـي وتمييـزه عما يشتبـه بـه .
- الفصـل الثـانـي = الطبيعـة القـانونيـة للشـرط الجـزائـي .
- الفصـل الثـالـث = نطـاق الشرط الجزائي وشروط الحكـم بـه .

./.

الفصل الاول

في خصائص الشرط الجزائي وتمييزه عما يشتبه به

تمهيد =

يتميز الشرط الجزائي بخصائص استخلصها الفقه من الوظيفة التي يقوم بها هذا النظام القانوني ،وعلى ضوء هذه الخصائص يمكن التمييز بينه وبين بعض الانظمة القانونية التي قد تتصل به مثل العربون والتهديد المالي وغيرها . وعلى هذا الاساس نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في =

- المبحث الاول = خصائص الشرط الجزائي .
- المبحث الثاني = تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به .

المبحث الاول

في خصائص الشرط الجزائي

يستخلص من التعاريف التي اعطاها الفقه (1) للشرط الجزائي انه يتميز بالخصائص التالية =

انه اتفاق على تقدير التعويض، وانه تعويض جزافي ،وانه طريقة احتياطية واخيرا انه التزام تابع . ونشرح كل خاصية على حده .

---

(1) راجع المبحث الاول من الفصل التمهيدى -ص 8، 9 .

المطلب الاول = في الشرط الجزائي اتفاق .

اشارت الى ذلك المادة 183 مدني جزائرى بقولها " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ،او في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 الى 181 ".

ويستخلص من هذا النص ان الشرط الجزائي يبنى على ارادة المتعاقدين(1) وهذا هو اساسه القانوني والفلسفي ولا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون ،فالجزاءات القانونية لا علاقة لها بهذا النظام القانوني وان كانت ترمي الى نفس اهداف الشرط الجزائي .

وتتجلى الارادة كمصدر للالتزام في شكلين هما العقد والارادة المنفردة وتناول الشرط الجزائي الذى مصدره العقد ثم الشرط الجزائي الذى مصدره الارادة المنفردة .

اولا - الشرط الجزائي العقدى =

قد يدرج الشرط الجزائي في ذات العقد المتضمن الالتزام الاصلي او في اتفاق لاحق على هذا العقد .

1 - في العقد الاصلي =

غالبا ما يدعم الاطراف العقد المتضمن الالتزام الاصلي بشرط جزائي يستحق عن عدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ . ويتميز الشرط الجزائي عن بقية الشروط الاخرى في كونه طريقة لحل الرابطة العقدية بين الطرفين في حالة اخلال المدين بالعقد ،بينما تتعلق الشروط الاخرى

---

(1) راجع= فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 122 .
- وفي نفس المعنى عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق - ص 22 .

./.

للعقد بابرام العقد وتنفيذه ،وهذا ما دفع بعض الفقهاء الى تسمية العقد الاصلي المتضمن الشرط الجزائي بالعقد المختلط(1) .

هل يشترط القانون شكلا معينا في هذا الشرط؟

لم يقيد القانون الاطراف بأى شكل خاص وكل عبارة تفصح عن اتجاه نية الاطراف الى ادراج الشرط الجزائي في العقد فهي مقبولة ،ومع ذلك فان الشكل الذى قد يتطلبه العقد الاصلي يلحق الشرط الجزائي ولكن يرجع ذلك الى خاصية اخرى هي خاصية التبعية .

2 - في اتفاق لاحق =

قد لا يتضمن العقد الاصلي شرطا جزائيا ويعمد المتعاقدان الى ادراجه في اتفاق لاحق على العقد ويلجأ الاطراف الى هذه الطريقة نتيجة ظروف تطرأ بعد ابرام العقد الاصلي ،واذا كان هذا مقبولا من الناحية النظرية فلا يمكن تصوره من الناحية العملية الا اذا كان الدائن في مركز قوة في علاقته مع المدين ،اذ لا يمكن في غير هذه الحالة اجبار المدين على دعم الالتزام الاصلي بعد ابرامه . ولكن ما هو اثر الاجراءات الشكلية للعقد الاصلي على الاتفاق اللاحق ؟

باعتبار الشرط الجزائي التزاما تابعا فانه يتبع الالتزام الاصلي من حيث الشكل فلو كان الالتزام الاصلي واردا في عقد رسمي وجب ان يكون الاتفاق اللاحق المتضمن الشرط الجزائي رسميا كذلك(2) .

ثانيا - الشرط الجزائي الصادر بارادة منفردة =

نوهت في السابق ان قوام الشرط الجزائي الارادة المتبادلة للاطراف،

---

(1) راجع = فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 124 .

(2) راجع = مارياني ،المرجع السابق - ص 101 .

./.

اذن الاتفاق هو المصدر الطبيعي الرئيسي للشرط الجزائي ،لكن هل يمكن تصور شرط جزائي صادر من جانب واحد ؟

راى بعض الفقهاء (1) انه يمكن تصور قيام شرط جزائي من جانب واحد واعطوا في ذلك تطبيقين =

- الاول = الشرط الجزائي المدرج في ايجاب .

- الثاني = الشرط الجزائي المدرج في ايجابموجه للجمهور .

1 - الشرط الجزائي المدرج في ايجاب =

قد يصدر الموجب ايجابا ويضمنه شرطا جزائيا كجزاء لعدوله ، وهنا يجب التفرقة بين حالتين =

الحالة الاولى = اذا كان الايجاب لا يتضمن اجلا للقبول فالامر لا يثير اى اشكال ، ويمكن للموجب العدول عن ايجابه في اى وقت مادام لم يصدر القبول ، ويترتب على ذلك سقوط الشرط الجزائي لان هذا الاخير لا يحدث اثره الا بعد القبول .

الحالة الثانية = اذا تضمن الايجاب اجلا لصدور القبول فلا يمكن للموجب العدول عن ايجابه الا بعد انقضاء المدة المحددة لذلك ، فاذا عدل الموجب قبل انتهاء الاجل المحدد لاصدار القبول جاز للمرسل اليه ان يطالب بالشرط الجزائي .

---

(1) انظر فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 127 .

(2) يرى بعض الفقهاء ان الشرط الجزائي لا يعتبر شرطا عقديا مثل الشروط الاخرى ، بل هو اتفاق يجرد القاضي من بعض سلطاته . انظر في ذلك =

Jean Carbonnier: Droit civil , tome 2, 4ème éd. Page 543, N° I62.

- وفي نفس المعنى =

Gérard Cornu: Note sur l'arrêt de la cour de Paris du II/I/79.

منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني ، سنة 1979 ، العدد 4 - ص 167 .

./.

2 - الشرط الجزائي المدرج في ايجاب موجه للجمهور =

يمكن للموجب ان يعدل عن ايجابه ما لم يصدر القبول ،لكن اذا صدر القبول يحدث الشرط الجزائي المتضمن في الايجاب كل اثره باعتباره اتفاقا ولكنه اتفاق استثنائي لانه ينطوي على خروج على القواعد العامة في تقدير التعويض.

المطلب الثاني = في الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض.

لقد مر بنا الشرط الجزائي اتفاق مسبّق على تقدير التعويض(1) حيث ان الاطراف بارادتهم يحددون بصفة مسبقة المبلغ الذى يدفعه المدين في حالة اخلاله بالتزامه اوعند تأخره في تنفيذه.

وقد ابرز الفقه(2) ان هذا التقدير يتميز بطابع جزافي ،وفي هذا الصدد يرى الاستاذان بودرى لاكنترى وبارد Baudry Lacanteri et Barde (3) ان الشرط الجزائي ما هو الا تقدير جزافي للتعويضات التي تستحق لعدم التنفيذ او التأخير فيه.

كما يرى الاستاذ جاكوميته (4) " ان الشرط الجزائي باعتباره تسوية اتفاقية يحدد بصفة مسبقة وجزافية قيمة التعويض" ويؤكد الاستاذ هيك(Huc) نفس المعنى اذ يقرر ان هدف الشرط الجزائي هو تحديد بصفة مسبقة وجزافية للتعويض(5) ،واخيرا يرى الاستاذ مارياني (6) ان ما

---

(1) راجع المبحث الاول من الفصل التمهيدى الخاص بتعريف الشرط الجزائي .

(2) راجع طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني الفرنسي ،رسالة باريس سنة1974 ص 90 ، - وفي نفس المعنى بوريس ستارك ، المرجع السابق - ص 626 .

(3) راجع= Baudry Lacanteri et Barde: Traité des obligations, tome 2, 8ème ed. Page.635. N° I343.

(4) راجع= جاكومية ، القانون المدني ،ص 70 ، اشار اليه ، فلاشابولوس، المرجع السبق- ص127 .

(5) راجع= Huc: Commentaire de Paris, tome 7, page 468, N° 366.

(6) راجع= مارياني ، المرجع السابق - ص 132 .

./.

يميز الشرط الجزائي وما يزيد من قيمته واهميته ثباته وبمعنى اخر طابعه الجزافي للتعويض .

ويترتب على كون الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض، انه لا يمكن للقاضي ان ينقضّ هذا التقدير بزيادته او نقصه .

وكان القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 قد تبنى مبدأ عدم تغيير الشرط الجزائي وبعبارة اخرى مبدأ ثبات الشرط الجزائي حيث نصت المادة 1152 على ما يلي =

"عندما يتضمن الاتفاق أن من يخل بالتزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض لا يمكن للطرف الاخر يطلب اكثر او نقص" .

وبالرغم من صدور قانون جديد في 9 يوليو 1975 عدلت بموجبه احكام الشرط الجزائي في فرنسا حيث اضاف فقرة ثانية للمادة 1152 (1) بمقتضاها اصبح بامكان القاضي ان يمارس رقابة قضائية على الشرط الجزائي فان هذه السلطة لم تقض على الطابع الجزافي للشرط الجزائي كما يعتقد البعض، لان المبلغ المتفق عليه في حالة اخلال المدين بالتزامه هو المستحق ولا يمكن للقاضي ان يمسه الا اذا كان مبالغا في تقديره او بالعكس كان تافها . وكما سنرى فيما بعد ان هذه السلطة الموكلة للقاضي تتميز بخصائص معينة يتبين فيها انها لم تؤثر على الطابع الجزافي ، اما القانون الجزائرى فنجده قد دعم هذا الطابع الجزافي للشرط الجزائي

---

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 1152 على ما يلي =
"غير انه يجوز للقاضي تخفيض او زيادة الشرط الجزائي المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة او تافها وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلا" .

./.

وذلك بمنعه المطالبة بزيادة الشرط الجزائي المتفق عليه الا في حالة غش المدين او خطئه الجسيم (1) .

المطلب الثالث = في الشرط الجزائي طريق احتياطي .

ان التنفيذ العيني للالتزام سواء وقع باختيار المدين او اجبر عليه يجب ان يكون كاملا اى يجب ان يتم وفقا للاوضاع وبالشروط المتفق عليها في العقد ،فاذا وقع التنفيذ غير كامل اما لان المدين لم ينفذ الا تنفيذا جزئيا او معيبا واما لان التنفيذ كان متأخرا ،فان هذا التنفيذ قد يوءدى الى اختلال الرابطة العقدية . وقد عالج القانون هذه الحالة بوسيلة قانونية مقتضاها ان يحكم القاضي بالتعويض وفقا لاحكام المسوءولية العقدية . من هنا تبرز الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي فباعتباره تعويضا لا يجوز المطالبة به او اعماله الا اذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن ،ويبرز هذا الطابع الاحتياطي بصورة اكثر وضوحا في حالة ما اذا كان التنفيذ العيني ممكنا اذ لا يمكن للدائن عندئذ ان يجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي ،الا اذا كان مقررا للتأخير في التنفيذ ،وهذا ما تقضي به المادة 2/1229 مدني فرنسي (2) .

غير ان وجود شرط جزائي في العقد لا يمنع الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني وهذا ما تقضي به المادة 1228 مدني فرنسي " للدائن ان يطالب المدين المعذر بتنفيذ الالتزام الاصلي بدلا من المطالبة بالجزاء المشترط ضده" (3) .

---

(1) راجع المادة 185 من القانون المدني الجزائرى .
(2) راجع المادة 2/1229 مدني فرنسي ،اشير اليها سابقا .
(3) تنص المادة 1228 مدني فرنسي على ما يلي =" Le creancier au lieu de deman- -der la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut pousuivre l'exécution de l'obligation principale"

./.

ويتبين لنا مما تقدم ان الطابع الاحتياطي للشرط الجزائي يثير مسألتين هما = مبدأ عدم الجمع بين الالتزام الاصلي والشرط الجزائي ، وحق الدائن في الخيار بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي ، ونتناول كل مسألة على حده .

اولا - مبدأ عدم الجمع بين الالتزام الاصلي والشرط الجزائي .

1 - المبدأ العام=

تهدف قاعدة عدم جواز الجمع بين الاصل والجزاء الا يكون الشرط الجزائي وسيلة استغلال من طرف احد المتعاقدين لذا قررها القانون المدني الفرنسي الذى اعتبر الشرط الجزائي تعويضا بموجب الفقرة الاولى من المادة 1229 ومنع الجمع بين الالتزام الاصلي والتعويض في صدد الفقرة الثانية من نفس المادة .

وقد ذكر الفقه (1) والقضاء (2) الفرنسي في بعض احكامه بهذه القاعدة ، واخذت بها معظم التشريعات على سبيل المثال نص القانون المدني الايطالي في المادة 1212 على ما يلي " الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عما لحقه من ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام الاصلي ولا يجوز للدائن ان يطلب الاصل والجزاء معا الا اذا كان الشرط قد تقرر لمجرد التاخير (3) .

كما تبني القانون الالماني هذه القاعدة في المادة 340 التي قضت بأنه " اذا تعهد المدين بشرط جزائي في حالة عدم تنفيذ التزامه يجوز للدائن ان يطلب الجزاء بدلا من التنفيذ .

---

(1) راجع= Marty Gabriel et pieare Raynaud: Cours de droit civil, tome 2 3ème ed. Paris Sirey I962. Page 325.
- وفي نفس المعنى = مازو ، المرجع السابق رقم 2637 .

(2) راجع= حكم محكمة باريس في 1940/12/18 ، المنشور في د اللوز الاسبوعي 1940 ، ص 365 .

(3) راجع= المادة 1212 من القانون المدني الايطالي ، وقد اقتبسنا النص من مرجع مارياني السابق الاشارة اليه . ص 82 .

./.

اذا اعلن الدائن للمدين انه يطلب الشرط الجزائي فلا يمكنه المطالبة بالتنفيذ العيني" (1) .

ويلاحظ هنا ان القانون الالماني قد سمح للدائن ان يطالب بالشرط الجزائي حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا ، ولكن في هذه الحالة يتعين عليه ان يتنازل عن التنفيذ العيني وذلك حتى لا يجمع بينهما وهكذا يختلف القانون الالماني عن القانون الفرنسي والايطالي اللذين لم يسمحا بالمطالبة بقيمة الشرط الجزائي متى كان التنفيذ العيني ممكنا .

2 ـ الاستثناءات على القاعدة العامة =

لقد اوردت المادة 2/1229 مدني فرنسي استثناء على قاعدة عدم جواز الجمع وهناك استثناء ثاني اقترحه بعض الفقهاء .

أ) الاستثناء الاول .

يمكن الجمع بين الاصل والجزاء متى كان هذا الاخير مقررا للتأخير ، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 1229 مدني فرنسي بقولها "لا يمكنه ـ اى الدائن ـ طلب الاصل والجزاء الا اذا كان مقررا للتأخير" .

اذن في حالة التخأخير في تنفيذ الالتزام يمكن للدائن ان يجمع بين التنفيذ العيني لهذا الالتزام الاصلي وقيمة الشرط الجزائي المقرر للتاخير في تنفيذ ذلك الالتزام .

وقد راى بعض الفقهاء (2) ان الفقرة الثانية من المادة 1229 لا تعتبر استثناء حقيقيا على قاعدة عدم جواز الجمع بين الاصل والجزاء ويستند هذا الراى

---

(1) راجع المادة 340 من القانون المدني الالماني ، كذلك اقتبسنا النص من مرجع ماريانى السابق الاشارة اليه ص 82 .

(2) راجع مارياني ، المرجع السابق ، ص 118 ، وفي نفس المعنى فلاشابولوس، المرجع السابق ، ص 383 .

./.

الى الاختلاف الطبيعي الموجود بين الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ والشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ . فالضرر المترتب على التأخير في التنفيذ يختلف تماما عن ذلك المترتب من جراء عدم التنفيذ ، ولهذا فاذا طالب الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام الاصلي بالاضافة الى الشرط الجزائي المقرر للتأخير فلا يعتبر هذا جمعا ، لذا لا يمكن اعتبار الفقرة الثانية من المادة 1229 استثناء .

ونعتقد ان هذا الراى على قدر من الصواب لان قاعدة عدم جواز الجمع المقصود في الفقرة الاولى من المادة 1229 مبنية على ان الشرط الجزائي يحل محل التعويض الذى كان سيحكم به القاضي في حالة عدم التنفيذ . فالشرط الجزائي كتعويض يعادل اذن قيمة عدم التنفيذ العيني ، وبالتالي على الدائن ان يكتفي باحدهما ولا يجوز له ان يجمع بينهما والا كان مثريا بغير سبب مشروع .

اما الشرط الجزائي المقرر للتأخير فهو لا يضمن تنفيذ الالتزام الاصلي ولا علاقة له بالتنفيذ العيني بل يضمن الاجل المحدد للتنفيذ .

واذا نفذ المدين التزامه متأخرا استحق الدائن الشرط الجزائي المقرر للتأخير كتعويض عن الضرر الناشيء عن التأخير الذى هو كما قلنا مستقل عن الضرر المترتب عن عدم التنفيذ ، ومن هنا يتبين لنا انه لا يوجد جمع بالمعنى المقصود في الفقرة الاولى من المادة 1229 .

ب) الاستثناء الثاني =

لا تعتبر قاعدة عدم جواز الجمع في نظر بعض الفقهاء (2) من النظام

---

(1) راجع = مارياني ، المرجع السابق ، ص 118 ، وفي نفس المعنى ، فلاشابولوس، المرجع السابق ص 383 .

(2) راجع = فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 283 - وفي نفس المعنى ، مارياني ، المرجع السابق ص 113 .

./.

العام ، ويمكن للاطراف الاتفاق على مخالفتها وذلك باتفاق يقضي بالجمع بين الالتزام الاصلي والجزاء ، ولكن يجب توفر شرطين هما .

- يجب ان يكون الشرط الجزائي مقررا لعدم التنفيذ حيث لو كان مشترطا للتأخير فلا داعي للاتفاق اذ القانون يجيز في هذه الحالة الجمع .

- ويجب ان يكون هناك اتفاق بين الطرفين يقضي بتطبيق قاعدة الجمع بين الاصل والجزاء ، ويمكن ان يكون هذا الاتفاق صريحا او ضمنيا (1) ، وفي هذه الحالة الاخيرة يجب البحث عن نية الاطراف وهذه المسألة مسالة واقع من اختصاص قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض .

ولكننا نعتقد بأن هذا الاستثناء لا محل له لان القاعدة المتعلقة بعدم الجمع المقرر بموجب المادة 1229 هي من النظام العام حيث تدل صيغة المادة على انها قاعدة آمرة وذلك بقولها "لا يجوز" (2) .

ثانيا - حق الدائن في الخيار بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي =

راينا سابقا ان الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ العيني وان كان لا يستطيع الجمع بينهما (3) ، وانما يكون له حق الخيار بينهما .

ونظرا لان لحق الخيار علاقة بالتنفيذ العيني ، لهذا نتناول على التوالي علاقة الشرط الجزائي بالتنفيذ العيني ثم نبحث في طبيعة حق الخيار المقرر للدائن وكيفية استعماله .

---

(1) راجع = Demolombe: Cours du code Napoléon, tome 26, N° 653, 654. Page 378

- وفي نفس المعنى = AuBry et Rau: Cours du droit civil, tome 4, Page I24 ed.I922.

(2) قارن نص المادة 160 من القانون المدني السويسري التي تعتبر قاعدة مكملة .

(3) راجع= مبدأ عدم الجمع بين الالتزام الاصلي والشرط الجزائي - ص. 43

1 ـ الشرط الجزائي والتنفيذ العيني .

من المتفق عليه ان الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ لا يحول دون مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام الاصلي فله ان يختار بين هذا وذاك .

ويرى بعض الفقهاء (1) ان حق الخيار هذا مستمد من القواعد العامة حيث يمكن للدائن ان يطلبه ـ بدلا من التعويض ـ بتنفيذ الالتزام عينا . في حين يرى البعض الاخر ان هذا الحق ينتج عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي .

حيث لو لم يتقرر هذا الحق للدائن واستحق الشرط الجزائي عند عدم التنفيذ لكنا بصدد تجديد للالتزام الاصلي عينا والشرط الجزائي ، يتبين لنا بكل وضوح ان هناك التزامين احدهما اصلي يرد عليه التنفيذ العيني والاخر تبعي يكتفي به الدائن اذا لم ينفذ الالتزام الاصلي .

2 ـ طبيعة حق خيار الدائن بين التنفيذ العيني للالتزام والشرط الجزائي =

لقد اقترحت نظريتان في تحديد طبيعة حق الخيار هذا .

ـ النظرية الاولى =

يرى بعض الفقهاء (2) ان للدائن مطلق الحرية في الاختيار بين التنفيذ العيني ، والشرط الجزائي ، ويستند هؤلاء الفقهاء على نص المادة 160 من قانون الالتزامات السويسرى التي تنص على ما يلي =" اذا كان الجزاء مشترطا لعدم التنفيذ او التنفيذ الناقص، للدائن ان يطلب التنفيذ او الجزاء ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك ".

---

(1) راجع= Laurent: Droit civil français, tome I6, 3ème ed. Page 444.

(2) راجع= مارياني ، المرجع السابق ، ص 182 ، وانظر الفقهاء الذين اشار اليهم .

./.

- نقد هذه النظرية =

يرى الاستاذ فلاشابولوس(1) ان هذه النظرية تقضي على اهم خاصية للشرط الجزائي باعتباره التزاما تابعا حيث لو كان للدائن مطلق الحرية في الاختيار فما جدوى تحديد الالتزام الاصلي والالتزام التبعي وتحديد النتائج المترتبة على هذا التمييز .

- النظرية الثانية =

اتجه راى اخر(2) الى القول ان حق الدائن في الاختيار ليس مطلقا بل هو مقيد لانه اذا لم يرفض المدين التنفيذ العيني للالتزام الاصلي لا يمكن للدائن ان يطالب بالشرط الجزائي بدلا من التنفيذ العيني ولا يمكنه ارغام المدين على ذلك .

فهذا الحق في المطالبة بالشرط الجزائي بدلا من التنفيذ العيني يتوقف على موقف المدين من التنفيذ العيني .

وتعتبر النظرية الثانية اكثر صوابا من الاولى ففي نظرنا لو كان للدائن مطلق الحرية في الاختيار بين المطالبة بالتنفيذ العيني والشرط الجزائي لكنا بصدد التزام تخييرى والشرط الجزائي ليس التزام تخييرى .

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى لم يقصد الاطراف باتفاقهم على شرط جزائي الا ضمان مخاطر عدم التنفيذ او التأخير في ذلك، فالمنطق يقضي بأنه ما دام التنفيذ العيني ممكنا وما دام المدين لا يرفضه فلا يجوز للدائن ان يطالب الا بالتنفيذ العيني .

---

(1) راجع= فلاشابولوس، المرجع السابق -ص 386 .

(2) راجع= Larombiere: Obligations, tome 3, Article I228 et suite

./.

3 - استعمال حق الاختيار =

كيف يستعمل الدائن هذا الحق ؟

اذا رفض المدين تنفيذ التزامه عينا او اصبح هذا الاخير مستحيلا فللدائن ان يطالب بالشرط الجزائي الذى يصبح نهائيا وبمجرد دفع المدين قيمة الشرط الجزائي يتحرر من التزامه .

اما لو كان التنفيذ العيني ممكنا فعلى الدائن ان شاء ان يواصل طلب التنفيذ العيني او يكتفي مباشرة بالشرط الجزائي .

اما وقد انتهينا من دراسة الطابع الاحتياطي للشرط الجزائي ، وهو ثالث خصيصة يتميز بها . وكما ان هناك خصيصة رابعة تتمثل في كون الشرط الجزائي التزام تابع وهذا ما سنتناوله .

المطلب الرابع = في الشرط الجزائي التزام تابع .

نوهنا سابقا ان الشرط الجزائي اتفاق غايته تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه او تأخره في ذلك ، ومن هذا نستخلص ان الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الاصلي (1) لا يكون له وجود بدونه ولا بقاء بعده . وعلى هذا الاساس يبطل الشرط الجزائي اذا كان الالتزام الاصلي باطلا وان كان بطلان الشرط الجزائي لا يؤدى - على العكس - الى بطلان الالتزام الاصلي ، وهذا ما قررته المادة 1227 مدني فرنسي (2) ويؤدى بنا ذلك الى دراسة نظرية البطلان

---

(1) راجع = عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، اثار الالتزام - طبعة دار احياء التراث العربي - بيروت - ص 861 .
- وفي نفس المعنى انور سلطان ، المرجع السابق - ص73 ، وكذلك عبد المنعم البدراوى المرجع السابق - ص 84 .

(2) تنص المادة 1227 مدني فرنسي على ما يلي = " La nullité de l'obligation prin- -cipale entraine celle de la clause pénale. La nullité de celle çi n'entraine point celle de l'obligation principale"

في مجال الشرط الجزائي .

يمكن طرح مسألة بطلان نظام قانوني معين بطريقتين ،فاما ان يكون النظام القانوني المحدد باطلا لانه يخالف الاحكام العامة والتي يكون جزاء مخالفتها بطلان التصرف مهما كانت طبيعته ،واما يمكن ابطال النظام القانوني اذا خالف القواعد الخاصة التي تحكمه ،وهذه الافكار تؤدى بنا الى تناول نظرية بطلان الشرط الجزائي كما يلي =

- بطلان الشرط الجزائي حسب القواعد العامة .
- بطلان الشرط الجزائي طبقا لخاصية التبعية .

اولا - بطلان الشرط الجزائي حسب القواعد العامة (1) .

نقصد ببطلان الشرط الجزائي حسب القواعد العامة الحالات التي يبطل فيها الشرط الجزائي لاسباب تتصل بطابعه التعاقدى ودون الاعتداد بعلاقة التبعية بينه وبين الالتزام الاصلي . واسباب البطلان هنا هي نفس اسباب البطلان طبقا للنظرية العامة في العقود . والشرط الجزائي اتفاق سواء كان ضمن العقد الاصلي ويظهر هنا كشرط او كان مقررا باتفاق لاحق .

- اسباب بطلان الشرط الجزائي .

بتطبيق الاحكام العامة للبطلان على الشرط الجزائي نجد ان هذا الاتفاق قد يبطل للاسباب التالية =

1 - بطلان الشرط الجزائي بسبب نقص اهلية المتعاقدين =

دون ان تدخل في تفاصيل الاهلية يكفي ان نشير الى انه حتى يكون

---

(1) راجع = فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 363 .

./.

الشرط الجزائي صحيحا يجب ان يكون الطرفان كاملي الاهلية والا كان الاتفاق قابلا للابطال لمصلحة ناقص الاهلية .

2 - بطلان الشرط الجزائي بسبب عيب من عيوب الارادة =

قد تكون ارادة احد الطرفين مشوبة باحد عيوب الارادة ، وفي هذه الحالة يكون العقد قابلا للابطال لمصلحة من شاب ارادته العيب .
وعيوب الارادة هي الغلط ، التدليس ، الاكراه والغبن الاستغلالي .

أ) الغلط =

يمكن تعريفه بأنه وهم يحمل الشخص على اعتقاد غير الواقع ويدفعه الى التعاقد (1) وقد يلعب الغلط دورا هاما في الشرط الجزائي حيث يمكن للمدين ان يتمسك به لطلب بطلان الشرط الجزائي ومثال ذلك كأن يعتقد المدين انه بصدد التزامين اصليين وتنفيذه لاحدهما يبرئ ذمته . وطبقا للقواعد العامة التي تحكم الغلط يجب ان يكون جوهريا .

وان ابطل الشرط الجزائي لهذا السبب يبقى العقد الاصلي صحيحا وفي حالة اخلال المدين به يدفع تعويضا يقدره القاضي بدلا من الشرط الجزائي .

ب) التدليس =

يمكن تعريفه انه استعمال طرق احتيالية من طرف احد المتعاقدين قصد ايقاع المتعاقد الاخر في غلط يحمله على التعاقد (2) .

---

(1) راجع = حشمت ابو ستيت احمد ، نظرية الالتزام في القانون المدني ، الكتاب الاول في مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصر - ص 143 .
(2) راجع = محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الجزء الاول في الالتزامات ، طبعة 1954 ، - ص 324 .

./.

فاذا لجأ الدائن الى طرق احتيالية لحمل المدين على قبول شرط جزائي ،كان لهذا الاخير ان يتمسك بابطاله باثبات ان التدليس كان هو الدافع لقبول الشرط الجزائي .

ج) الاكراه =

يمكن تعريفه بأنه ضغط يقع على شخص فيولد في نفسه رهبة تدفع الى التعاقد (1) . وهنا مثل التدليس متى اثبت المدين انه كان مكرها على قبول الشرط الجزائي جاز له ان يطلب ابطاله .

د) الغبن الاستغلالي =

يمكن تعريف الغبن الاستغلالي بأنه التفاوت الكبير بين التزامات احد المتعاقدين وما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او ما التزم به المتعاقد الاخر . وهذا هو المعنى المستخلص من المادة 90 من التقنين المدني الجزائرى .

وقد راى بعض الفقهاء (2) انه لا يمكن التمسك بالغبن لطلب بطلان الشرط الجزائي لان الغبن الذى يؤدى الى ابطال التصرف القانوني هو الغبن الذى يتحقق وقت الابرام وليس عند التنفيذ . وفي الشرط الجزائي لا يمكن ان يتحقق الغبن عند ابرامه بل يظهر في مرحلة لاحقة اى عند تنفيذ العقد حيث يصبح الضرر اثقل او اكثر من المبلغ المحدد في العقد .

و) بطلان الشرط الجزائي لتخلف ركني المحل والسبب =

بالنسبة لركن المحل يختلف محل الشرط الجزائي عن محل العقد

---

(1) راجع = احمد حشمت ابو ستيت، المرجع السابق - ص 168 .

(2) راجع = فلاسابولوس، المرجع السابق - ص 366 .

./.

الاصلي اذ هو غالبا ما يكون مبلغا من النقود ولكن لا مانع من ان يكون شيئا اخر يلتزم به المدين ، ولكن شروط المحل هنا لا تختلف عن شروط محل العقد بصفة عامة حيث يجب ان يكون محل الشرط الجزائي ممكنا ومعينا او قابلا للتعيين وان يكون مشروعا ومتى تخلف احد هذه الشروط كان الشرط الجزائي باطلا (1) وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتقدير التعويض .

اما بالنسبة لركن السبب فهنا ايضا نطبق احكام المادتين 97 و 98 مدني جزائري ومقتضاهما انه لا بد ان يكون سبب الشرط الجزائي مشروعا والا كان باطلا .

ثانيا - بطلان الشرط الجزائي طبقا لخاصية التبعية =

لقد اجمع الفقه (2) على ان بطلان الالتزام الاصلي يؤدى الى بطلان الشرط الجزائي والعكس غير صحيح ومع ذلك اورد بعض الفقهاء (3) على هذه القاعدة استثنائين احدهما يقضي ببقاء الشرط الجزائي صحيحا رغم بطلان الالتزام الاصلي والاخر يقضي بان بطلان الشرط الجزائي يؤدى الى بطلان الالتزام الاصلي .

ونتناول القاعدة العامة ثم الاستثناءات .

1 - القاعدة العامة =

في جميع الاحوال التي يكون فيها الالتزام الاصلي باطل يبطل ايضا

---

(1) وفي هذا الصدد يقول مولارما يلي = " La clause pénale est nulle lorsque son objet est illicite, impossible ou contraire aux bonnes moeurs"

اشار اليه فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 366 .

(2) راجع = السنهورى ، المرجع السابق - ص 861 .

- وفي نفس المعنى ،عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق - ص 43 وكذلك ماريانى المرجع السابق - 130 .

(3) راجع = طلال المهتار، المرجع السابق - ص 88 .

./.

الشرط الجزائي وذلك باعتباره التزاما تابعا يتأثر بجميع الاوصاف التي تلحق الالتزام الاصلي ،وان بطلان الالتزام التبعي اى الشرط الجزائي لا يؤدى الى بطلان الالتزام الاصلي ،وذلك طبقا لقاعدة الفرع يتبع الاصل وليس العكس .

2 - الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة =

ليست هذه القاعدة مطلقة في نظر بعض الفقهاء الذين اوردوا عليها استثنائيين وسنتناولهما على التوالي =

- الاستثناء الاول - صحة الشرط الجزائي رغم بطلان الالتزام الاصلي =

ذهب راى الى القول انه هناك حالات يكون الشرط الجزائي فيها صحيحا رغم بطلان الالتزام الاصلي وقد اعطى تطبيقا لذلك وهو بيع ملك الغير .

- بيع ملك الغير .

يترتب على عقد البيع اثر هام يتمثل في نقل البائع الملكية الى المشترى ،ويترتب على ذلك نتيجتان هما :

أ) ان يكون البيع باطلا اذا لم يكن الشيء المبيع مملوكا للبائع .
ب) يترتب على هذا البطلان حق للمشترى في طلب التعويض عند استحقاق المبيع في يده .

واذا كان عقد البيع يتضمن شرطا جزائيا لضمان التنفيذ مع الملاحظة هنا ان استحقاق المبيع في يد المشترى يعتبر بمثابة عدم تنفيذ العقد من طرف البائع . وطبقا للمادة 399 مدني جزائرى رتب المشرع للمشترى حقا في التعويض في حالة استحقاق المبيع في يده (1) .

---

(1) قارب المادة 1599 مدني فرنسي التي تنص على ما يلي : " La vente de la chose d'autrui est nulle elles peut donner lieu à des dommages intérêts lorsque l'acheteur à ignoré que la chose fut à autrui"

./.

ويرى بعض الفقهاء (1) ان في حالة بطلان عقد البيع لاستحقاق المبيع في يد المشترى يبقى الشرط الجزائي صحيحا ويحل محل التعويض القضائي المنصوص عليه في القانون والسبب في ذلك ان الشرط الجزائي تقدير مسبق وجزافي للتعويض عن عدم التنفيذ والتأخير في ذلك .

لكن كيف يمكن تبرير بقاء الشرط الجزائي صحيحا رغم بطلان الالتزام الاصلي وفي ذلك خروج على قاعدة التبعية ؟

لقد حاول بعض الفقهاء تبرير صحة الشرط الجزائي بطريقة غير مباشرة حيث راى الاستاذ ماریانی (2) ان الشرط الجزائي في هذه الحالة لا ينصب على العقد الباطل بل ينصرف الى ضمان التزام البائع بعدم نزع الشيء المبيع وهذا التزام صحيح .

اما الاستاذ لوران (3) فيرى انه اذا ترتب على بطلان الالتزام الاصلي الحق في التعويض فلا مانع من اشتراط هذا التعويض في شكل جزاء .

وهذا الراى مطابق للنظرية التي تعتبر الشرط الجزائي تقديرا جزافيا ومسبقا للتعويض والتمسك بهذه النظرية يؤدى الى القول انه في كل الحالات التي يرتب فيها القانون الحق في طلب تعويض عن عدم تنفيذ العقد فلا مانع من تقدير هذا التعويض بصفة مسبقة والذى يستحق حتى ولو كان الالتزام الاصلي باطلا كما في حالة بيع ملك الغير .

---

(1) راجع = فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 386 .

(2) راجع = مارياني ، المرجع السابق - ص 131 ويقول " La clause pénale ainsi inserée dans le contrat de vente sanctionne non pas un contrat nul mais une obligation principale valable, l'obligation pour le vendeur de garantir l'aquereur contre une eviction de la part du tiers"

(3) راجع = لوران ، المرجع السابق - ص 430 .

./.

- الاستثناء الثاني - بطلان الشرط الجزائي يوءدى الى بطلان الالتزام الاصلي =

اتجه راى الى القول ان هناك حالات يوءثر فيها الشرط الجزائي على الالتزام الاصلي بحيث يوءدى الى بطلانه ويظهر هذا في الفرض الذى يتبين من العقد والظروف الملابسة له ان المتعاقدان قصد امن وراء تدعيم الالتزام الاصلي تحقيق شرطا جزائيا غير مشروع ففي هذه الحالة يبطل كل من الالتزام الاصلي والشرط الجزائي (1) .

ما هو سبب هذا البطلان ؟

لقد رد الاستاذ ماريانى (2) البطلان الى فكرة السبب الذى هو غير مشروع في هذه الحالة لان المتعاقدين لم يقصدا تنفيذ الالتزام الاصلي بل عن طريقه ارادا تحقيق هدفا غير مشروعا لهذا يبطل كل من الالتزام الاصلي والشرط الجزائي .

اما بالنسبة للاستاذ لا رومبيار (3) فيرى انه اذا كان الشرط الجزائي باطلا لكونه مخالفا للنظام العام والاداب العامة او النصوص القانونية فيمكن ان يمتد هذا البطلان الى الالتزام ولكن بشرط اثبات ان هذا الاخير مشوب بنفس العيب .

ولكن في راينا ان وجهة نظر الاستاذ لا رومبيار لا تبرر هذا الاستثناء بل على العكس تهدمه حيث انه اذا كان سبب البطلان مشتركا بين الالتزام الاصلي والالتزام التبعي فيشمل البطلان الالتزامين معا دون القول ان الشرط الجزائي قد اثر على الالتزام الاصلي ، ولهذا نرى ان هذا الاستثناء الثاني

---

(1) ويقول في هذا الصدد ماريانى ، المرجع السابق - ص 131 ما يلي = "S'il resulte du contrat et des circonstances de la cause, que le but poursuivi par les contractants a été non l'accomplissement de l'obligation principale licite, mais celui de la peine accessaire illicite, il faut annuler tout le contat"

(2) راجع = ماريانى ، المرجع السابق - ص 131 .

(3) راجع = لا رومبيار ، المرجع السابق ، المادة 1227 فقرة 7 .

./.

لا محل له اذ لا يمكن القول بتأثير الشرط الجزائي على الالتزام الاصلي اذ وفقا للقواعد العامة للبطلان يبطل الشرط الجزائي وحده متى كان مخالفا للنظام العام والاداب العامة باعتباره اتفاقا مستقلا عن الالتزام الاصلي ، ويبقى الالتزام الاصلي متى كان صحيحا . ويقدر التعويض قضائيا بدلا من اعمال الشرط الجزائي .

واخيرا نقول ان الشرط الجزائي كالتزام تابع للالتزام الاصلي يتبع هذا الاخير في جميع احكامه ويبطل متى ابطل الالتزام الاصلي والعكس غير صحيح .

وبهذا نكون قد اتينا على نهاية هذه الخصائص المميزة للشرط الجزائي ، ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان من بين هذه الخصائص كلها خاصية الاتفاق هي التي يمكن ان تتأثر بالظروف الاقتصادية والاجتماعية خاصة في عصرنا هذا الذي يتميز بتدخل متزايد للدولة في النشاط الاقتصادي والتحكم فيه فان الطابع التعاقدي للشرط الجزائي قد يتأثر بهذه الظروف لكن طابعه الاحتياطي والجزافي والتبعي يبقى قائما . وعلى ضوء هذه الخصائص يمكن ان نميز بين الشرط الجزائي وبعض النظم المشابهة له وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني .

****

المبحث الثاني

في تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به

مر بنا ان الشرط الجزائي التزام تابع وعلى ضوء هذه الخاصية قد يشتبه ببعض النظم القانونية التي تتميز بنفس الخاصية هذا من جهة ومن جهة اخرى قد يشتبه الشرط الجزائي مع بعض النظم القانونية الاخرى

./.

التـي لا تتميـز بخاصيـة التبعيـة لكنهـا تـؤدى نفـس وظائـف الشـرط الجزائـي .

ونـدرس هـذه النظـم القانونيـة المشابهـة للشـرط الجزائـي مبينيـن اوجـه التوافـق والخـلاف بينهمـا وبيـن الشـرط الجـزائـي .

المطلـب الاول = فـي الشرط الجـزائي والعربـون .

تعريـف العربـون واغـراضـه =

يمكـن تعريـف العربـون بـأنـه مبلـغ مـن المال يـدفعـه احـد المتعاقديـن للاخـر وقـت انعقـاد العقـد (1) .

وقد يكـون غـرض المتعاقديـن من وراء اشتراط العربـون امـا (2) =

1- تمكيـن كـل متعـاقـد ان يتحـرر مـن التزامـه والعدول عـن العقـد ، وفـي هـذا الصـدد اذا كـان العدول من جانـب من دفـع العربـون فقـده ، امـا اذا كـان مـن جـانـب الـذى قبضـه رد ضعفـه ، ويسمى العربـون فـي هـذه الحالـة عربـون عـدول Arrhes dedit .

2 - قد يكـون العربـون دليـلا علـى انعقـاد العقـد ويسمـى فـي هذه الحالـة عربـون اثبـات Arrhes Preuve.

3- قـد يكـون العربـون قسطـا معجـلا مـن الثمـن حيـث يكـون احـد المتعاقدين قـد نفـذ جزءا مـن التزامـه ويسمـى العربـون فـي هـذه الحالـة Arrhes accompte

---

(1) راجع = احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق - ص 112 .
- وفي نفس المعنى انور سلطان ، المرجع السابق - ص 76 وكذلك عبد المنعم البدراوى المرجع السابق - ص 82 .

(2) راجع في وظائف العربون ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق - ص 83 .
- وفي نفس المعنى ، حسن الذنون ، المرجع السابق - ص 352 .

(2) مكرر - راجع المادة 1590 مدني فرنسي التي حددت وظيفة العربون كوسيلة للعدول .

./.

وهكذا يكون للعربون وظيفتان ،اما توكيد العقد وذلك عندما يعتبر جزءاً من الثمن او وسيلة لاثباته ،واما يكون العربون وسيلة للعدول عن العقد . ونية المتعاقدين هي التي يعول عليها في تحديد الغرض من العربون واعطائه وصفه القانوني .

والشرط الجزائي كتقدير مسبق للتعويض يختلف عن العربون بوظائفه الثلاثة .

أ) يختلف الشرط الجزائي عن عربون الاثبات(1) اذ يكون العربون دليلا على ان المتعاقدين قد انتقلا من مرحلة المفاوضات الابتدائية الى مرحلة التعاقد . ويكون تسليم الثمن دليلا على قيام العقد نفسه بينما الشرط الجزائي لا يقوم بدور اثبات العقد الاصلي بل يقتصر دوره على ضمان تنفيذه وذلك لكونه تعويضا بمقابل .

ب) يختلف الشرط الجزائي عن العربون كجزء من الثمن حيث ان هذا الاخير يدفع مسبقا اى عند تكوين العقد وبهذا تتوفر فيه احدى خصائص العقود العينية ،بينما الشرط الجزائي لا يدفع عند ابرام العقد بل يتم تقديره ،اما دفعه فياتي عند تحقق واقعة عدم التنفيذ او التاخير في ذلك والتي تظهر في مرحلة تنفيذ العقد ولذا لا يكون الشرط الجزائي جزءاً من الثمن .

جـ) يختلف الشرط الجزائي عن عربون العدول في النقاط التالية =

- يهدف الشرط الجزائي الى ضمان تنفيذ الالتزام الاصلي وبذلك يدعم العلاقة القانونية بين الدائن ومدينه ،اما العربون على العكس من ذلك فيؤدى الى اضعاف او تلاشي الرابطة وذلك بافساح المجال

---

(1) راجع = فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 241 .
- وفي نفس المعنى مارياني ،المرجع السابق - ص 80 .

./.

امام الطرفين للعدول عن العقد وفي ذلك خطر على استقرار المعاملات.

- الشرط الجزائي تعويض اتفاقي عن الضرر الذى يصيب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه، فاستحقاق الشرط الجزائي مرهون باصابة الدائن بضرر، اما العربون باعتباره مقابلا لحق العدول يستحق بمجرد تقرير احد المتعاقدين العدول عن العقد حتى ولو لم يصب الطرف الاخر اى ضرر (1)، اذن مناط الشرط الجزائي الضرر بينما العربون فمناطه تقرير الشخص استعمال حق العدول .

- الشرط الجزائي باعتباره تقديرا للتعويض لا يمنح للمدين الخيار بين التنفيذ وبين التنصل منه . اما عربون العدول باعتباره مقابلا لحق العدول فانه يمنح المتعاقد الخيار بين الارتباط بالعقد الذى ابرمه او العدول عنه وذلك مقابل فقد العربون ان كان قد دفعه ورد ضعفه ان كان قد قبضه (2) .

- ان المقدار المتفق عليه في الشرط الجزائي قابل للزيادة والنقصان حتى يتناسب مع الضرر الذى اصاب الدائن بينما العربون لا يقبل الزيادة ولا النقصان بل يجب دفعه كما هو .

- يعتبر الشرط الجزائي تعويضا فتجرى عليه احكام التعويض لاستحقاقه خاصة ضرورة اعذار الدائن مدينه، اما العربون فلا يعتبر تعويضا ومن ثم لا يشترط الاعذار لاستحقاقه .

---

(1) راجع في التمييز بين العربون والشرط الجزائي، السنهوري، المرجع السابق - ص 84 - وفي نفس المعنى، احمد حشمت ابو ستيت، المرجع السابق - ص 113 وايضا انور سلطان، المرجع السابق - ص 76، وايضا، عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق - ص42 .

(2) يكيف عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق - ص 864، هامش 264، العربون على انه البدل في الالتزام البدلي اذ يقول في ذلك" فالعربون الذي يدفع في مقابل العدول عن العقد يمكن اعتباره بانه البدل في التزام بدلي" .

./.

المطلب الثاني = في الشرط الجزائي والتهديد المالي .

التهديد المالي هو مبلغ من المال يقضي القاضي بالزام المدين بادائه عن كل يوم او اسبوع او فترة زمنية معينة يخل فيها المدين بالتزامه (1) .

ويتبين لنا من هذا التعريف ان التهديد المالي مثل الشرط الجزائي يهدف الى حث المدين على تنفيذ التزامه ويكون كذلك متى كان الشرط الجزائي مغاليا فيه حتى ان محكمة النقض الفرنسية (2) كيفت في بعض احكامها التهديد المالي بأنه شرط جزائي قضائي . Clause pénale Judiciaire.

وقد تدق التفرقة بين التهديد المالي والشرط الجزائي خاصة في حالة تحرير هذا الاخير بصفة غامضة حيث يصعب تكييفه ومثال الشرط الغامض ان يقضي في الاتفاق بأنه في حالة عدم انهاء الاعمال المتفق عليها في المواعيد المحددة في هذا العقد ودون حاجة الى اعذار يضاف الى المبلغ الاصلي غرامة 2 ٪ عن كل يوم تأخير ، وفي كل الاحوال لا يمكن ان تتجاوز هذه الغرامة 10 ٪ من المبلغ الاجمالي .

فغرامة 2 ٪ عن كل يوم تأخير تلعب دور الغرامة التهديدية بينما غرامة 10 ٪ هي الحد الاقصى للتعويض عن التاخير .

ولهذا يجب التفرقة بين التهديد المالي والشرط الجزائي ، ومن الناحية النظرية هناك فوارق عديدة بينهما (3) .

---

(1) راجع = اسماعيل غانم ، احكام الالتزام - طبعة 1967 مكتبة عبد الله وهبه - ص 21 .
- وفي نفس المعنى ، انور سلطان ، المرجع السابق - ص 78 .

(2) راجع = نقض مدني في 18 يوليو 1900 ، داللوز الاسبوعي 1901 ، الجزء الاول وكذلك حكم محكمة أمياس في 7 يناير 1965 ، داللوز سيرى ، هامش 87 ، ونفس الحكم منشور في داللوز الاسبوعي سنة 1965 رقم 14205 .

(3) راجع = السنهوري ، المرجع السابق - ص 866 ؛
- وفي نفس المعنى انور سلطان ، المرجع السابق - ص 75 ، ايضا عبد المجيد الحكيم المرجع السابق - ص 58 ، وايضا عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق - ص 82 .

./.

1 ـ التهديد المالي ذو طابع قضائي حيث ان القاضي هو الذى يحكم به بينما مصدر الشرط الجزائي الاتفاق .

2 ـ التهديد المالي امر تحكمي لا يقاس بمقدار الضرر بل المقصود منه التغلب على تعنت المدين ، بينما الشرط الجزائي مناطه الضرر .

3 ـ الشرط الجزائي اتفاق نهائي قابل للتنفيذ بمجرد قيام شروطه بينما التهديد المالي امر وقتي لا يمكن تنفيذه الا بعد تصفيته وتحويله الى تعويض .

4 ـ الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض بينما التهديد المالي عقوبة ولكن يجب الاشارة في هذا الصدد ان الشرط الجزائي هو ايضا قد يقوم بدور العقوبة ، لكن القانون الجزائرى اضفى على الشرط الجزائي طابع التعويض وتجاهل الدور العقابي للشرط الجزائي لذا تبقى هذه التفرقة قائمة في القانون الجزائرى .

5 ـ يقدر التهديد المالي عن كل يوم او اسبوع او شهر او كل وحدة زمنية يخل فيها المدين بالتزامه ، اما الشرط الجزائي فالاصل ان يقدر بصفة جزافية وخاصة اذا كان مقررا لعدم التنفيذ ولكن هنا قد تدق التفرقة اذا كان الشرط الجزائي مقررا عن التاخير في التنفيذ حيث هو اذن قد يقدر في شكل نسبة مئوية ومع ذلك هناك فرق بين التهديد المالي والشرط الجزائي المقرر للتأخير حيث ان هذا الاخير هو تعويض عن الضرر الناتج عن التاخير بينما التهديد المالي جزاء لخطأ المدين ولكن دون الاخلال بالضرر الذى يجب التعويض عنه بصفة مستقلة ولهذا يمكن الجمع بين التعويض والتهديد المالي (1) .

---

(1) انظر = حكم محكمة باريس في 1930/12/18 المنشور في دالوز الاسبوعي 1931 ـ ص 365 ـ وفي نفس المعنى راجع مازو وتنك ، المرجع السابق رقم 2637 .

./.

6 - التهديد المالي عبارة عن وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني حيث تهدف الى قهر عناد المدين وحمله على تنفيذ التزامه جبرا عليه .

وفي هذا الصدد يقول الاستاذ كاربونييه (1) انها" تقرع المحفظة لترغم الارادة" . بينما الشرط الجزائي الذى يتصل بالتعويض فهو تنفيذ بمقابل يهدف الى جبر الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد او التأخير في تنفيذه .

لكن رغم هذه الفروق الموجودة بين التهديد المالي والشرط الجزائي فان هذين النظامين يلتقيان من حيث اعتبار كل منهما وسيلة ضغط على ارادة المدين لحمله على احترام التزامه وان كانت احداهما ناتجة عن ارادة الاطراف والاخرى مصدرها القضاء .

المطلب الثالث = في الشرط الجزائي وشرط تحديد المسوءولية .

قلنا في بداية البحث ان المسوءولية العقدية تهدف الى معالجة الوضع المترتب على عدم تنفيذ المدين الالتزام العقدى او تأخره في هذا التنفيذ .

وقد قرر القانون جزاء هذه المسوءولية وهو الحكم على المدين بالتعويض غير ان هذا التنظيم القانوني للمسوءولية العقدية ليس مفروضا على الاطراف، حيث اجاز القانون للاطراف الاتفاق على تعديل احكام هذه المسوءولية كما اجاز لهم الاتفاق على قيمة التعويض .

---

(1) راجع = كاربونييه ، دروس في القانون المدني ، الجزء الرابع، طبعة 1969 ، ص 527 ، حيث يقول "Elle frappe le Porte feuille, mais c'est pour forcer la volonté "

./.

وقد يشتبه الشرط الجزائي مع هذه الاتفاقات المعدلة للمسؤولية(1) وفي هذا الصدد اعتبر الاستاذ ديموج هذه الاتفاقات عبارة عن شروط جزائية ناقصة (clause pénales incomplètes) (2) .

- والاتفاقات المعدلة لاحكام المسؤولية نوعان =

النوع الاول = اتفاقات تعفي من المسؤولية .
النوع الثاني = اتفاقات تحدد المسؤولية .

ونقصر كلامنا على النوع الثاني من هذه الاتفاقات والتي قد تشتبه مع الشرط الجزائي . ويمكن تحديد المسؤولية بطريقتين هما =

- الطريقة الاولى = تحديد المسؤولية بحد ادنى ، وجرى الفقه على تسمية هذا الشرط بشرط الحد الادنى la clause de minimum (3) .

- الطريقة الثانية = تحديد المسؤولية بحد اقصى ، وجرى الفقه على تسمية هذا الشرط بشرط الحد الاقصى la clause de maximum .

وقد يلتبس الشرط الجزائي بهذين الشرطين =

اولا - الشرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية بحد ادنى =

يعني شرط تحديد المسؤولية بحد ادنى ان الاطراف قد حددا مبلغا من النقود كجزاء للاخلال بالعقد ، ويعتبر هذا التقدير هو الحد الادنى الذى لا يمكن للقاضي النزول عنه . وقد يشتبه الشرط الجزائي

---

(1) راجع = مازو ، المرجع السابق ، رقم 2565 - ص 882 ،
- وفي نفس المعنى ، طلال المهتار ، المرجع السابق - 76 وما بعدها .
(2) راجع = ديموغ ، المرجع السابق - ص 99 ،
- وفي نفس المعنى ، مارياني ، المرجع السابق - ص 93 .
(3) راجع = فلاشابولوس ، المرجع السابق - ص 173 .

./.

بشرط تحديد المسؤولية بحد أدنى باعتباره تقديرا جزافيا للتعويض لا يمكن الحكم بأقل منه .

ولكن رغم هذا التشابه قد يختلف الشرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية بحد ادنى لان الشرط الجزائي قابل للتخفيض متى كان مبالغا فيه ، بينما شرط تحديد المسؤولية بحد ادنى لا يمكن تخفيضه .

ثانيا - الشرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية بحد اقصى =

قد يشتبه الشرط الجزائي بشرط تحديد المسؤولية بحد اقصى ، وخاصة في القانون المدني الجزائرى حيث تقارب المادة 185 مدني جزائرى بين الشرطين وذلك بمنعها الدائن الحصول على تعويض اضافي متى قل مبلغ الشرط الجزائي عن الضرر الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما وفي هذه الحالة يمكن اعتبار الشرط الجزائي كشرط تحديد المسؤولية بحد اقصى .

لكن من الناحية النظرية يمكن التمييز بين الشرطين على النحو التالي =

1 - قد يكون مصدر شرط تحديد المسؤولية بحد اقصى القانون (1) ومثال ذلك في مجال النقل الجوى الأمر رقم المرسوم 25 اكتوبر 1965 المنبثق عن اتفاقية فارسوفي Varsovie والذى قرر حدا اقصى لمسؤولية الناقل الجوى ، كذلك قررت المادة 805 من القانون البحرى الحد الاقصى لمسؤولية الناقل البحرى في بعض الحالات (2) كما حددت الفقرة الثالثة من المادة 599 مدني جزائرى مسؤولية اصحاب الفنادق والنزل عن سرقة النقود والاوراق المالية والاشياء الثمينة بحد اقصى ، وهو تعويض لا يجاوز خمسمائة دينار ما لم يكونوا قد اخذوا على عاتقهم حفظ هذه الاشياء

---

(1) راجع = Zerguine Ramdane: Contribution à l'étude de la clause pénale Revue Algérienne des sciences Juridiques I98I, N° I. Page 55

(2) راجع = المادة 805 من القانون البحرى .

./.

وهم يعرفون قيمتها او يكونوا قد رفضوا دون مسوغ ان يتلمسوها عهدة في ذمتهم او يكونوا قد تسببوا في وقوع ضرر بخطا جسيم او من احد تابعيهم .

اما الشرط الجزائي مصدره الاتفاق ولا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون .

2 - يختلف الشرط الجزائي عن شرط تحديد المسوءولية بحد اقصى من حيث المصلحة التي يحميها كل من الشرطين (1) ،فقد تقرر الشرط الجزائي لمصلحة الدائن بينما تقرر شرط تحديد المسوءولية لمصلحة المدين وحده وهذا ما نلاحظه بالنسبة لشركات النقل الكبرى فغالبا ما تحدد مسوءوليتها بمبلغ معين في حالة هلاك البضاعة المنقولة .

3 - يعتبر الشرط الجزائي اتفاقا استثنائيا ينطوى على خروج على القواعد العامة للمسوءولية المدنية اذ لا يكلف الدائن باثبات الضرر بل يفترض وقوع هذا الاخير بمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ او التأخير فيه . اما في شرط تحديد المسوءولية بحد اقصى فيجب على الدائن اثبات الضرر .

4 - يختلف الشرط الجزائي عن شرط الحد الاقصى للمسوءولية من حيث سلطة القاضي في تعديل الشرطين (2) .

فالشرط الجزائي كتقدير مسبق للتعويض عن الضرر يجب على القاضي ، ان يحكم به كما هو ،لكن اذا كان غير متناسب مع الضرر الذى وقع جاز للقاضي ان يرفعه ،بينما لا يمكنه ذلك بالنسبة لشرط تحديد المسوءولية بحد اقصى .

---

(1) راجع= مارياني ،المرجع السابق -ص101 ،
- وفي نفس المعنى ،فلاشابولوس، المرجع السابق -ص 173 .

(2) راجع= زرقين رمضان ،المقال السابق -ص56 ،
- وفي نفس المعنى ،طلال المهتار ،المرجع السابق -ص 78 .

./.

وما نخلص اليه في النهاية هو انه بالرغم من الفوارق الموجودة بين الشرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية فغالبا ما يلعب الشرط الجزائي دور تعديل المسؤولية اما بتشديدها واما بتخفيضها او الاعفاء منها ،فمتى كان الشرط الجزائي مبالغا في تقديره يمكن اعتباره شرطا لتشديد المسؤولية ،بينما اذا كان تقديره تافها يمكن اعتباره شرطا لتخفيف المسؤولية .

المطلب الرابع = في الشرط الجزائي وشرط الفائدة .

اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود يكون دائما قابلا للتنفيذ العيني ولا داعي للمطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ بل يقتصر الامر على المطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ ويسمى هذا التعويض بالتعويض القانوني او فوائد التأخير ،لان مصدر هذا التعويض هو القانون حيث يحدد نسبة هذا التعويض ومع ذلك يجوز للطرفين الاتفاق على نسبة هذه الفائدة ولكن دون ان تتجاوز الحد القانوني ، والا اعتبرت ربا .

وقد اجاز القانون المدني الجزائرى للدائن المطالبة بالتعويض عن التأخير حيث جاء في المادة 186 ما يلي " اذا كان محل الالتزام بين افراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى ،وتأخر المدين في الوفاء به فيجب عليه ان يعوض الدائن الضرر اللاحق من هذا التاخير" .

وقد مر بنا سابقا ان الشرط الجزائي كتقدير مسبق للتعويض يمكن اشتراطه لعدم التنفيذ او للتأخير في التنفيذ ،واذا كان مشترطا للتأخير قد يشتبه مع الفوائد التأخيرية خاصة اذا كانت محددة من قبل الاطراف،مثال ذلك ان يتضمن العقد شرطا بالصياغة التالية =

-" اذا تجاوز المدين الاجل المحدد في العقد لتنفيذ التزامه يدفع نسبة 3٪ زيادة على المبلغ المحدد في هذا العقد".

ففي هذا الشرط يصعب تكييف هذه النسبة هل هي مجرد فائدة تأخيرية ام شرط جزائي ؟

وقد حرمت الشريعة الاسلامية الفائدة مهما كان شكلها واعتبرتها ربا في حين حرم القانون الجزائري الفوائد التعويضية بين الافراد حيث قضت المادة 454 مدني على ان القرض بين الافراد يكون دائما بدون فائدة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك (1) ، ولكنه لم يحرم الفوائد التأخيرية رغم انها ربا في ضوء احكام الشريعة الاسلامية ، والشرط الجزائي المقرر للتأخير ما هو الا فائدة تأخيرية مصدرها الاتفاق ، وعلى هذا الاساس نبحث اولا علاقة الشرط الجزائي بالربا في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري ثم نحاول ثانيا ان نميز بينه وبين الفائدة التعويضية .

<u>اولا - حكم الشرط الجزائي في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري</u> =

يقول الاستاذ زكي الدين شعبان (2) انه يجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على انه اذا اتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال ، وتأخر هذا الاخير في الوفاء بالدين عند التاريخ المحدد للوفاء يكون هذا الاتفاق باطلا لا يعمل بمقتضاه وذلك لان المقدار الذى يتفق عليه

---

(1) وقع خطأ مادى في النص العربي بالمادة 454 ، فالمقصود يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك وهذا ما يتضح من النص نفسه باللغة الفرنسية" Toute clause contraire... ".

(1) مكرر- اما بالنسبة للمؤسسات المالية التي تمنح قروضا فإجاز لها المشرع ان تأخذ فائدة راجع في ذلك المادة 456 مدني جزائري .

(2) راجع= زكي الدين شعبان ، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون ، مقال في مجلة الحقوق عدد يونيو 1977- ص 136 وما بعدها ، وراجع ما اشار اليه من مراجع فقهاء الشريعة فيما يخص حكم الشرط الجزائي في الشريعة .

./.

في هذه الحالة يعد ربا ، والربا حرام فلا يحل اخذه ولا اعطاوءه والاتفاق عليه باطل ، ولا يترتب اى اثر ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى عز وجل =

" الذين يأكلون الربا لا يقومون الا عما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس، ذلك بأنهم قالوا ، انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا " (1) .

والربا الذى حرمه الله سبحانه وتعالى في هذه الاية يشمل الربا بجميع انواعه وعلى راسها الربا الذى كان معروفا في الجاهلية وهو ربا النسئة وقال ابو بكر الجصاص" انه معلوم ان ربا الجاهلية انما كان قرضا موءجلا بزيادة مشروطة وكانت الزيادة بدلا من الاجل فابطله الله سبحانه وتعالى " (2) .

ويدخل في الربا الذى حرمه الله عز وجل الفائدة التي تقاضاها الدائن في مقابل التأخير في دفع ثمن البيع الذى لم يدفعه المشترى وعلى هذا الاساس فان حكم الشرط الجزائي في الشريعة الاسلامية البطلان متى كان محله مبلغا من النقود لانه ينطوى تحت الربا الذى حرمه الاسلام ، اما اذا كان محله غير النقود فهو شرط صحيح لانه لا يخالف كتاب الله ولا سنة رسوله عليه الصلاة والسلام .

- حكم الشرط الجزائي المقرر للتاخير في القانون الجزائرى =

بالرغم من ان القانون الجزائرى لم يعرف الشرط الجزائي ولم يحدد انواعه مثلما فعل المشرع الفرنسي ، فان الشرط الجزائي المقرر للتأخير يعتبر شرطا صحيحا ومنتجا لاثره لانه تعويض عن التأخير في تنفيذ

---

(1) راجع الاية الكريمة 275 من سورة البقرة .
(2) اشار اليه زكي الدين شعبان ، المرجع السابق - ص 137 .

./.

الالتزام . وبهذا يكون القانون الجزائرى قد خالف احكام الشريعة الاسلامية - التي حرمت الشرط الجزائي - باعتباره فائدة ربوية يتقاضاها الدائن ، والتي التزم بها القانون المدني الكويتي الجديد الصادر في اول نوفمبر 1980 حيث منع تقاضي الفوائد اذ جاء في نص المادة 305 منه ما يلي " يعتبر باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود او مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام" (1) .

وبناء على هذا النص الصريح يأخذ الشرط الجزائي المقرر للتأخير حكم الربا ويعتبر باطلا في القانون الكويتي الذى قصر الشرط الجزائي على عدم التنفيذ .

ويتبين لنا ان الفائدة التأخيرية في القانون الجزائرى اذا كان مصدرها الاتفاق ما هي الا شرط جزائي تأخيرى (2) وفي هذا الصدد نشير انه لا يوجد في القانون المدني الجزائرى نص يحدد نسبة الفائدة القانونية على عكس القانون الذى كان معمولا به قبل نفاذه ، وامام هذا الفراغ التشريعي في القانون المدني اضطر القضاء الجزائرى الى العمل بالنص القديم رغم الغائه (3) .

---

(1) راجع القانون المدني الكويتي الصادر بمرسوم رقم 67 بتاريخ 1 نوفمبر 1980 ، وانظر المواد 302 ، 303 ، 304 ، 305 المتعلقة باحكام الشرط الجزائي في القانون الكويتي .

(2) وقد اعتبر القضاء الفرنسي الشرط الجزائي المقرر للتاخير عبارة عن شرط فائدة وهذا ما قضت به محكمة لاسين في 24 اكتوبر 1967 منشور بد اللوز الاسبوعي 1967 ، رقم 15450 وكذلك نقض مدني في 22 مارس 1967 منشور في د اللوز الاسبوعي 1967 رقم 15334 . وقد اشار الى هذين الحكمين ، زرقين رمضان في المرجع السابق - ص 52 ، هامش 35 .

(3) راجع = زرقين رمضان ، المرجع السابق - ص 51 ، هامش 33 ، حيث اشار الى نسبة الفائدة القانونية المعمول بها في القانون السابق على القانون المدني الجزائرى والتي مازال يطبقها القضاء الجزائرى على حد قوله .

./.

ثانيا ـ التمييز بين الشرط الجزائي والفائدة التعويضية .

الفائدة التعويضية او كما يسميها بعض الفقهاء فوائد الاستثمار عبارة عن فائدة يتقاضاها الدائن مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود ،ونحدد هذه الفائدة في شكل نسبة مئوية يدفعها المدين اضافة على راس المال . ويختلف الشرط الجزائي عن الفائدة في النقاط التالية =

1- منع القانون الجزائرى شرط الفائدة في عقد القرض طبقا للمادة 454 مدني السابق الاشارة اليها .

بينما يجوز ادراج الشرط الجزائي في عقد القرض بشرط ان يكون مقررا للتأخير في الوفاء بالالتزام وذلك طبقا للمادة 186 التي تجيز طلب تعويض عن التاخير في التنفيذ ولهذا نعتقد ان المادة 454 مدني جزائرى قاصرة على الفوائد التعويضية دون الفوائد التأخيرية .

ولكن ما تجدر الاشارة اليه انه على القاضي ان يبحث في العقد والظروف الملابسة لاستخلاص ان الشرط الجزائي المدرج في عقد القرض مقرر لضمان عدم التأخير في رد القرض،لانه يمكن للطرفين التحايل على نص المادة 454 واخفاء الفوائد التعويضية تحت ستار الشرط الجزائي ومتى تبين من ظروف العقد ان نية الطرفين قد اتجهت الى ذلك ،كان الشرط الجزائي باطلا لانه خالف قاعدة قانونية آمرة .

./.

2 ـ الفائدة التعويضية هي تعويض الدائن مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود ولا علاقة لها بالضرر، بينما الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الضرر الذى لحقه من جراء التأخير في تنفيذ الالتزام. لكن يجب الاشارة ان هذه التفرقة الثانية تصلح في التشريعات التي تجيز الفوائد التعويضية.

وعلى ضوء المقارنة بين الشرط الجزائي وشرط الفائدة نرى ان الشرط الجزائي المقرر للتاخير يمكن ان يكون وسيلة لاخفاء الربا الذى حرمه الله سبحانه وتعالى ولهذا فمن المستحسن ان يحذ والتشريع الجزائرى حذو القانون الكويتي ويحرم الشرط الجزائي المقرر للتأخير (1).

المطلب الخامس = في الشرط الجزائي والالتزام التخييرى.

يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله ادا‌ءات متعددة يبرأ المدين من التزامه هذا اذا ادى واحد منها (2).

وقد يشتبه الالتزام المقترن بشرط جزائي بالالتزام التخييرى حيث انه في الحالتين يكون محل الالتزام متعددا لكن في النهاية تبرأ ذمة المدين بوفائه بأحد الالتزامين (3)، فمثلا لو قلت لك اعطيك دارا اوخمسين الف د.ج فهنا نكون بصدد التزام تخييرى بحيث يكون لدى الخيار بين

---

(1) حيث نصت المادة 302 من القانون المدني الكويتي الجديد على ما يلي " اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود يجوز للمتعاقدين ان يقدرا مقدما التعويض في العقد او في اتفاق لاحق" يفهم من هذه المادة ان المشرع الكويتي حرم الشرط الجزائي متى كان محل الالتزام الاصلي مبلغا من النقود مسايرا في ذلك احكام الشريعة الاسلامية.

(2) راجع = المادة 213 مدني جزائرى.

(3) راجع = عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق ـ ص 57،
ـ وفي نفس المعنى حسن الذنون، المرجع السابق ـ ص 355.

الـــدار والمبلـــغ وتبــرأ ذمتـــي بالوفـــاء بـأى مـــن الالتزاميـــن بينمـا لوقلـــت لـك اعطيـك دارا واذا لـم اسلمهالـك ادفـع خمســة الاف د .ج ،فهنـا نكـون بصـــــدد التـــزام مقتـرن بشـــرط جـزائـي وفـي هـــذه الحالـــة تبـرأ ذمتـي اذا نفـــذت الالتـــزام الاصلـــي واذا لـم يـــتم تنفيـــذ هـــذا الالتـــزام فتبـرأ ذمتـــي بتنفيـــذ الشـــرط الجـزائـي بشـــرط الا يكـون التنفيـــذ العينـي ممكنـا .

ولكـــن رغـم التشابـه الظاهـرى بيـــن الالتـــزام التخييـــرى والالتـــزام المقتـــرن بشـــرط جـزائـــي فهنـــاك فـــوارق كثيـــرة بينهمـا =

1 - من حيـــث مضمون الالتزام =

يشمـــل محـــل الالتـــزام التخييـــرى عـــدة اداءات وتنفيـــذ المديـــن احـدى هـــذه الاداءات يعتبـــر تنفيـــذا عينيـا لـلالتـــزام الاصلـــي بينمـــا الشـــرط الجـزائـي هـــو تعـويـــض بمقابـــل (1) ويترتـب علـى هـــذا نتيجتـــان =

أ) تعتبـــر الاشيـــاء المتعـــددة في الالتـزام التخييـــرى اداءات اصليـة بينمـــا الشـــرط الجـزائـــي هـــو التـــزام تابـــع لـلالتـــزام الاصلـي .

ب) في الالتـــزام التخييـــرى اذا **هلك أحد الأدائين بسببه** القـــوة القـــاهـــــرة لا ينقضـــي الالتـــزام اذ يبقـــى لـه محـــل اخـــر ،اما اذا هلـــك محـل الالتـزام الاصلـي ادى ذلـــك الـــى انقضـــاء الشـــرط الجـزائـــي تبعـــا لخاصيـــة التبعيـة (2) ،ولكـــــن مـا تجـــدر الاشـــارة اليـــه هنـــا انـــه اذا اشتـرك خطـأ المديـــن مـع القـوة القـاهـــرة فـــي هـــلاك محـــل الالتـــزام الاصلـــي يبقـــى الشـــرط الجـزائـي قائمـا فـي حـــدود مـا يتقـــرر مـــن مسـؤوليـــة المديـــن عـن ذلـــك .

---

(1) راجع = Franck Steinmetz: La clause pénale: Cahier du droit de l'entre--prise 1976, Page 28.

(2) راجع = فرنك ستينمتس، المرجع السابق - ص 29 .

./.

2 ـ من حيث التنفيذ =

يجب على المدين في الالتزام التخييرى ان يقدم بصفة نهائية محل الالتزام الذى اختاره لتنفيذ التزامه ولا يمكنه ان ينفذ جزءا منه ويكمل الباقي بأداء اخر، اما في الشرط الجزائي اذا نفذ المدين جزءا من التزامه عينا يجوز تكميل تنفيذ بقية الالتزام من الشرط الجزائي وهذا ما يستخلص من نص المادة 184 مدني جزائرى والتي قضت بتخفيض الشرط الجزائي متى نفذ المدين جزءا من التزامه الاصلي .

3 ـ من حيث الاختيار في التنفيذ =

في الالتزام التخييرى يكون كقاعدة عامة للمدين خيار الاداء الذى يريد به تنفيذ التزامه مالم يتفق على غير ذلك، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 213 مدني جزائرى، بينما في الشرط الجزائي الاصل ان يطالب الدائن بالالتزام الاصلي، لكن في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني واذا كان هذا الاخير ما زال ممكنا، الدائن وحده ان يختار بين مواصلة المطالبة بالتنفيذ العيني ولو جبرا على المدين او الاكتفاء بمبلغ الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ . ولا يجوز للمدين ان يرغم الدائن على قبول الشرط الجزائي بدلا من التنفيذ العيني الذى هو ممكن .

وعلى ضوء هذه الفوارق فان الشرط الجزائي لا يعتبر التزاما تخييريا (1) . وهكذا نكون قد اتينا على نهاية الفصل الاول مبينين فيه خصائص الشرط الجزائي والتي على ضوئها ميزناه عن بعض النظم التي يمكن ان تشتبه به . لكن بعض خصائص هذا النظام القانوني جعلت الفقه يختلف حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وهذا ما نتناوله في الفصل الثاني .

---

(1) راجع= Gedder: Les obligations alternatives, Revue trimestrielle du droit civil, I969. N° I. Page I.

./.

الفصل الثاني

في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

تمهيد =

يهدف الدائن من وراء تقرير الشرط الجزائي في اتفاقه مع المدين الى الاطمئنان على الحصول على حقه وذلك اما بالتنفيذ العيني للالتزام او بمقابل اى عن طريق الشرط الجزائي وفي هذه الحالة ذهب فريق من الفقه الى اعتبار الشرط الجزائي تعويضا .

لكن من الناحية العملية غالبا ما يستعمل الدائن الشرط الجزائي كوسيلة ضغط لحمل المدين على احترام التزامه وتنفيذه عينا وهذا ما ادى بفريق اخر الى اعتباره عقوبة وهي الخاصية التي كان يتميز بها في العصور القديمة والقانون الروماني في بدايته (1) . وبعد ذلك اندثرت فترة معينة ثم تبلورت في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 حيث نص مشرعه في المادة 1152 على مبدأ اثبات الشرط الجزائي .

وبالرغم من تعديل المشرع الفرنسي احكام الشرط الجزائي بموجب قانون 9 يوليو 1975 الذى خفف من شدة ذلك المبدأ (2) فهذا لم يقض على الوظيفة العقابية في نظر بعض الفقهاء .

ويفسر لنا ذلك ما ثار من خلاف فقهي حول وظيفتي التعويض والعقوبة لتحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي ، وهذه المسألة

---

(1) راجع المبحث الثاني من الفصل التمهيدى الخاص بالتطور التاريخي للشرط الجزائي .

(2) سنشرح هذا القانون بالتفصيل في المبحث الاول الخاص بالشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي في الفصل الاول من الباب الثاني .ص30 - 31

./.

على قدر كبير من الاهمية لخطورة الاثار المترتبة عليها . وبالرغم من الحجج والاسانيد التي قدمها كل فريق لم يستطع اى منهما تغليب وجهة نظره مما ادى بفريق ثالث الى القول انه لا يمكن الفصل بين الوظيفة التعويضية والعقابية ومن ثم يكون للشرط الجزائي طبيعة مركبة .

وعلى هذا الاساس نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نخصص =

- المبحث الاول : الشرط الجزائي تعويض .
- المبحث الثاني : الشرط الجزائي عقوبة .
- المبحث الثالث : الشرط الجزائي له طبيعة مركبة .

****

المبحث الاول

في الشرط الجزائي تعويض

يرى جانب من الفقه ان الشرط الجزائي طابع للتعويض ولا يمكن ان يكون عقوبة . وبالرغم من اجماع انصار هذا الراى على فكرة التعويض الى انهم قد اختلفوا حول طبيعة هذا التعويض، فمنهم من يرى انه تقدير جزافي ومنهم من يرى انه تقدير مسبق للتعويض ولكل وجهة نظر آثارها القانونية ، وهذا ما نتناوله .

اولا - الشرط الجزائي تقدير جزافي: Evaluation forfaitaire

يرى انصار هذه النظرية ان الشرط الجزائي تعويض يستحقه

الدائن عن عدم تنفيذ المدين التزامه او اذا تأخر في ذلك (1)
وتعتبر هذه النظرية الشرط الجزائي مبلغا جزافيا وذلك باستنادها
الى نص المادة 1152 مدني فرنسي ، ويترتب على ذلك انه لا يجوز
المساس بهذا المبلغ المتفق عليه لا بزيادته ولا بتخفيضه الا استثناء .
ولهذه النظرية مبرران احدهما قانوني والاخر فلسفي =

1 - المبرر القانوني =

اذا لم يستطع المدين تنفيذ التزامه عينا وجب عليه تنفيذه بمقابل وفي هذه الحالة على الدائن ان يثبت العنصرين الذين تقوم عليهما نظرية التعويض وهما خطأ المدين والضرر الذى لحق الدائن فضلا عن رابطة السببية بينهما .

واذا كان ركن الخطأ لا يثير اى اشكال من حيث الاثبات اذ يفترض الخطأ بمجرد اعذار المدين فان ركن الضرر هو الذى يثير صعوبة من حيث الاثبات واذا كان باستطاعة الدائن اثبات الضرر الذى لحقه فانه يصعب عليه اثبات الربح الذى فاته وهنا يتدخل القاضي لتقدير هذا العنصر بصفة تحكمية . ولهذا يرى انصار هذه النظرية ان الشرط الجزائي كمبلغ جزافي يعفي الدائن من اثبات الضرر بل يستحق مبلغ التعويض هذا حتى ولو لم يلحقه اى ضرر وتؤكد المادة 1152 ، بقوة على هذا الطابع الجزافي وذلك بقولها " اذا تضمن الاتفاق ان من يخل بالتزامه بدفع مبلغا على سبيل التعويض، لا يمكن للطرف الاخر ان يطلب مبلغا اقل او اكثر" .

---

(1) راجع = هوك ، المرجع السابق - ص 468 .
- وفي نفس المعنى =
- غبريال خورى ، المرجع السابق - ص 20 .
- مارى مدلان ديفور ، المرجع السابق - ص 187 .
- بدرى ولكنترى ، المرجع السابق - ص 343 ، فقرة اولى .

./.

2 ـ المبرر الفلسفي =

الى جانب المبرر القانوني هناك مبرر فلسفي يعطي لهذه النظرية قيمتها ومقتضاه ان الشرط الجزائي مبني على ارادة الطرفين التي هي الاساس المتين للعقد (1) ،اذن في حالة تأخر المدين عن التنفيذ او عدم تنفيذه اصلا للالتزام عليه ان يدفع المبلغ المتفق عليه والذى تم تحديده بكل حرية ، ولهذا السبب يرى انصار هذه النظرية انه لا يجوز طلب زيادة المبلغ او تخفيضه ، وفي هذا الصدد يقول الاستاذ مولار ="ان الشرط الجزائي باعتباره تعويضا جزافيا لا يخالف قواعد العدالة بل على العكس فهو اتفاق في مصلحة الطرفين لان المدين من جهة يعلم مسبقا النتائج المترتبة عند اخلاله بالتزامه التعاقدى ، ومن جهة اخرى يتلخص الدائن من مشكل اثبات الضرر"(2).

ثم يختتم قوله بأن الشرط الجزائي كتعويض جزافي هي الطبيعة القانونية التي تتماشى مع متطلبات القانون والعدالة .

لقد سادت هذه النظرية في القانون الفرنسي لسنة 1804 الذى كان متشبعا بالروح الفردية مما جعله يقدس مبدأ سلطان الارادة ، ونتيجة لذلك نص على مبدأ ثبات الشرط الجزائي في المادة 1152 .

غير ان تطبيق هذه النظرية قد ادى الى نتائج خطيرة حيث اصبح الشرط الجزائي سلاحا في يد الدائنين الاقوياء الذين اصبحوا يستعملونه بصفة تحكمية وتعسفية مما ادى الى الاخلال بالمراكز القانونية .

---

(1) راجع= فلاشابولوس، المرجع السابق ـ ص 176 .

(2) اشار اليه فلاشابولوس، المرجع السابق ـ ص173 .

ولهذا ثار بعض الفقهاء على هذه النظرية وهذا ما ادى بالمشرع الفرنسي الى التدخل للحد من هذا الطابع الجزافي مما ادى الى تقليص اهمية هذه النظرية (1) ،وعلى ضوء هذا اعتبر بعض الفقهاء الشرط الجزائي مجرد تقدير مسبق للتعويض.

ثانيا - الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض= Evaluation anticipée :

يرى اصحاب هذه النظرية (2) ان الشرط الجزائي ما هو الا تقدير مسبق للتعويض الذى يستحقه الدائن ويترتب على ذلك انه يجوز للقاضي ان يتدخل بكل حرية لتعديل المبلغ المتفق عليه بزيادته او تخفيضه ليتناسب مع الضرر الذى يقع. وقد سبق ان قال بهذا الراى فقهاء القانون المدني الفرنسي القديم(3) . غير ان هذه النظرية تعرضت الى انتقادات مريرة خاصة من طرف الفقهاء المتشبعين بالروح الفردية ويمكن اجمال هذه الانتقادات فيما يلي =

1 - يرى الاستاذ فلاشابولوس(4) ان ما دام الكلمة المعطاة لم تحترم من طرف المدينين وهذا ما ادى الى تقهقر العقد الذى هو اساس العلاقات الاقتصادية والفردية ،فعلى الفقه القانوني ان يقف ازاء مسألة تدخل القاضي في تعديل العقد والمساس بالشرط الجزائي موقفا سلبيا .

---

(1) سنتناول ذلك تفصيلا في الكلام عن الاسباب التي ادت بالمشرع الفرنسي الى تعديل احكام الشرط الجزائي وذلك في المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الثاني . ص 141 - 142 .

(2) راجع = جاكوميته ،المرجع السابق ،ص 70 ،
وفي نفس المعنى = - مارياني ،المرجع السابق - ص 38 ومارتي غبريال ورينو ،المرجع السابق - ص 313 .

(3) راجع تطور الشرط الجزائي في القانون الفرنسي - ص 31 - 32 .

(4) راجع= فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 175 .

./.

2 - يرى بعض الفقهاء (1) ان هذه النظرية بسماحها للقاضي بالتدخل في العقد وتعديله للمبلغ المتفق عليه سواء بزيادته او بتخفيضه تؤدى الى القضاء على اهمية الشرط الجزائي اذ تتعارض مع الهدف منه وهو تجنيب المتعاقدين اللجوء الى القضاء وتفادى النزاع الذى يثور بشأن اثبات الضرر .

ولم تلق هذه النظرية اى صدى في القانون المدني الفرنسي الذى تبنى في المادة 1152 مبدأ ثبات الشرط الجزائي وهو المبدأ الذى ظل معمولا به في الجزائر الى ما قبل صدور القانون المدني في سنة 1975 .

****

المبحث الثاني

في الشرط الجزائي عقوبة = La clause pénale une peine

يذهب اتجاه ثاني في الفقه الى اعتبار الشرط الجزائي عقوبة يفرضها الدائن على مدينه ، وفي هذا الصدد يقول الاستاذ لومبيار "الشرط الجزائي كعقوبة لجريمة مدنية يحقق للمتعاقدين الضمان والامن" (2) .

---

(1) راجع = ديموج ، الموجز في الالتزامات - ص 484 ،
- وفي نفس المعنى غبريال خورى ، المرجع السابق - ص 20 .

(2) يعبر لومبيار ، المرجع السابق ، الجزء السابع ، المادة 1226 فقرة اولى بما يلي = "... comme sanction pénale d'une infraction civile, elle procure au contractant une garantie plus precise et une securité plus complète"

./.

اما الاستاذ ميتو يقول : " الشرط الجزائي جزاء يذكر بالعقوبة" (1) . ويؤكد الاستاذ ديموج نفس المعنى اذ يرى ان الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه اهميته واصالته وتميزه عن نظرية التعويض(2) .

ولكن لم يحدد هؤلاء الفقهاء مفهوم الوظيفة العقابية للشرط الجزائي ، وكان الفضل في ذلك لبلانيول الذى حدده بتقريره ان الوظيفة العقابية للشرط الجزائي تتوقف على المبلغ المتفق عليه عما اذا كان مرتفعا او تافها .

ويكون الجزاء مغاليا فيه اذا جاوز بكثير مقدار الضرر وفي هذه الحالة يتبين ان الدائن كان في مركز قوة بموجبه فرض وسيلة عقابية قد تحمل المدين على احترام التزامه (3) .

وهكذا يتبين ان الوظيفة العقابية يقصد بها الضغط والتهديد الذى يحدثه المبلغ المرتفع في روح المدين ويدفعه الى تنفيذ التزامه عينا .

وانطلاقا من هذا المفهوم ذهب فريق من الفقهاء الى تأسيس هذه العقوبة على الارادة واعتبر الشرط الجزائي عقوبة خاصة ، وفي هذا الصدد يرى الاستاذ اجني Huguney ان الشرط الجزائي عقوبة تعويضية خاصة (4) . ويضيف الاستاذ سكريتان Secretant ان الشرط الجزائي

---

(1) راجع = Muteau: La responsabilité civile, Ière ed. Page 468.

(2) راجع = ديموج ، المرجع السابق ، الجزء السادس - ص 483 .

(3) راجع = بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، الجزء السابع ، فقرة 867 .

(4) اشار اليه مارياني ، المرجع السابق - ص 28 .

./.

عقوبة لكنها عقوبة خاصة اتفاقية (1) .

ولنظرية العقوبة بصفة عامة مبرران احدهما تاريخي والاخر فلسفي :

أ) <u>المبرر التاريخي</u> =

ليست فكرة العقوبة جديدة بل لها جذور في القانون الروماني ، وفي هذا الصدد يرى الاستاذ اجني ان العقوبة الخاصة في القانون المعاصر تتحدد بنفس الذاتية التي كانت تتميز بها في القانون الروماني (2) ،اذ في نظره ان العقوبة الخاصة ما هي الا شكل متطور من العقوبة الخاصة القديمة ، حيث ما زالت تتميز بأهم عنصر بالرغم من تطور القانون ويتمثل هذا العنصر في عدم ارتباطها بمقدار الضرر ما ترتبط بجسامة الخطأ .

ب) <u>المبرر الفلسفي</u> =

تجد هذه النظرية مبررا فلسفيا مقتضاه تطبيق مبدأ سلطان الارادة في المجال التعاقدى ، ولهذا يستبعد انصار هذه النظرية كل شرط جزائي لا ينبثق عن الارادة التعاقدية اذ في نظرهم ان العقوبة الخاصة موءسسة على الارادة الحرة للمتعاقدين وعلى هذا الاساس لا يجوز للقاضي ان يتدخل في العقد لتعديل **الشرط الجزائي** .

لقد تعرض الراى القائل بأن الشرط الجزائي عقوبة خاصة الى انتقادات مريرة اذ راى جانب من الفقه (3) انه لا يمكن اعتبار الشرط

---

(1) راجع= اجني Huguney: L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Paris I904. Page I75.
وفي نفس المعنى ابرى ورو ، المرجع السابق ، الجزء الثاني - ص443 ، هامش10 .

(2) يرى اجني ، المرجع السابق- ص69 حتى 79 ان هناك عاملين اديا الى ظهور العقوبة الخاصة من جديد بعد اختفائها وهما = تجديد المناخ الذى قامت فيه في السابق اذ تجد العقوبة الخاصة اليوم تفسيرها وتبريرها في تغييرات طرات على الحالة الاجتماعية والافكار التي اعادت تشكيل ظروف معينة هي بذاتها كانت سببا في وجود العقوبة الخاصة فيما مضى - والعامل الاخر يتمثل في قصور جزاء التعويض عن حماية قواعد القانون المدني .

(3) راجع= Phillipe Derbay: Les moyens de pression privée en droit civil, thèse Dijon I975.Page 95.
- وفي نفس المعنى ، فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 176 .

الجزائي عقوبة خاصة لانه لا تتوفر فيه خصائص العقوبة الخاصة . اذن قبل ان نتعرض لهذه الانتقادات، يجدر بنا ان نبين ما هي خصائص العقوبة الخاصة .

1 - خصائص العقوبة الخاصة =

تتميز العقوبة الخاصة بثلاثة خصائص هي =

- الخاصية الاولى = قوام العقوبة الخاصة الخطأ =

يعتبر الخطأ العنصر المميز للعقوبة الخاصة، بحيث يرتبط مقدار التعويض بجسامة الخطأ، ويترتب على ذلك انه اذا انتفى الخطأ انتفت معه مسؤولية المدين .

- الخاصية الثانية = هدف العقوبة الخاصة عقاب المدين =

تهدف العقوبة الخاصة الى مجازاة المدين وعقابه وذلك باحداث جرح جديد في ذمته كما يقول الاستاذ فيليب درباى (1) .

- الخاصة الثالثة = مبلغ العقوبة الخاصة يجاوز مقدار التعويض =

يقول الاستاذ اجنى في هذا الصدد " لا يكون هناك تعويض بل عقوبة خاصة اذا كان المبلغ الذى يدفعه المسؤول للمضرور يجاوز مقدار الضرر الذى وقع فعلا " (2) . وهذه الخاصية الثالثة هي التي ركز عليها الراى الذى يعتبر الشرط الجزائي عقوبة خاصة، وعلى ضوء هذه الخصائص تتم انتقاد الراى القائل ان الشرط الجزائي عقوبة خاصة .

---

(1) يعبر فيليب درباى، المرجع السابق - ص 20 بما يلي " Le but de la peine privée est de faire une nouvelle blessure"

(2) يعبر اجنى، المرجع السابق - ص 26 بما يلي : " Il n'yaura plus reparation mais une peine privée lorsqu'un dommage étant causé, l'indemnité à verser par l'auteur à la victime differera par le montant du prejudice tant eprouvé"

./.

الجزائي عقوبة خاصة لانه لا تتوفر فيه خصائص العقوبة الخاصة . اذن قبل ان نتعرض لهذه الانتقادات، يجدر بنا ان نبين ما هي خصائص العقوبة الخاصة .

1 - خصائص العقوبة الخاصة =

تتميز العقوبة الخاصة بثلاثة خصائص هي =

- الخاصية الاولى = قوام العقوبة الخاصة الخطأ =

يعتبر الخطأ العنصر المميز للعقوبة الخاصة، بحيث يرتبط مقدار التعويض بجسامة الخطأ، ويترتب على ذلك انه اذا انتفي الخطأ انتفت معه مسؤولية المدين .

- الخاصية الثانية = هدف العقوبة الخاصة عقاب المدين =

تهدف العقوبة الخاصة الى مجازاة المدين وعقابه وذلك باحداث جرح جديد في ذمته كما يقول الاستاذ فيليب درباى (1) .

- الخاصة الثالثة = مبلغ العقوبة الخاصة يجاوز مقدار التعويض =

يقول الاستاذ اجني في هذا الصدد " لا يكون هناك تعويض بل عقوبة خاصة اذا كان المبلغ الذى يدفعه المسؤول للمضرور يجاوز مقدار الضرر الذى وقع فعلا " (2) . وهذه الخاصية الثالثة هي التي ركز عليها الراى الذى يعتبر الشرط الجزائي عقوبة خاصة، وعلى ضوء هذه الخصائص تم انتقاد الراى القائل ان الشرط الجزائي عقوبة خاصة .

---

(1) يعبر فيليب درباى، المرجع السابق - ص 20 بما يلي " Le but de la peine privée est de faire une nouvelle blessure"

(2) يعبر اجني، المرجع السابق - ص 26 بما يلي . " Il n'yaura plus reparation mais une peine privée lorsqu'un dommage étant causé, l'indemnité à verser par l'auteur à la victime differera par le montant du prejudice tant eprouvé"

./.

2 - الانتقادات الموجهة لنظرية العقوبة الخاصة =

يمكن اجمال الانتقادات الموجهة لهذه النظرية فيما يلي =

أ) اذا كان كل من الشرط الجزائي والعقوبة الخاصة يتطلب وقوع الخطا لاستحقاقهما فان وظيفة الخطا في كل منهما مختلفة اذ يأخذ الخطا في الاعتبار في مجال العقوبة الخاصة وعلى ضوئه يقدر مبلغ العقوبة بينما لا يرتبط الشرط الجزائي بالخطأ ، ووظيفة هذا الاخير في هذا المجال تقتصر على تحديد مسؤولية المدين وتحميله اياها . وعلى هذا الاساس يقوم الشرط الجزائي على معيار موضوعي في حين تقوم العقوبة الخاصة على معيار ذاتي (1) .

ب) ليس المبلغ المرتفع للشرط الجزائي هو الذى يولد الاثر التهديدى بل ان هذا التهديد او الضغط يتولد عند المدين بمجرد علمه بأن الى جانب الالتزام الاصلي يوجد جزاء يدفعه متى اخل بالالتزام الاصلي (2) ، وهذا على عكس العقوبة الخاصة التي يشترط ان يكون مبلغها دائما مرتفعا بالنسبة للضرر .

ج) اذا كان هدف العقوبة الخاصة هو عقاب المدين فان الشرط الجزائي يرمي الى اصلاح الضرر المترتب عن عدم التنفيذ او التاخير في ذلك (3) .

وامام الانتقادات الشديدة التي وجهت للراى القائل بأن الشرط الجزائي عقوبة خاصة ، حاول راى اخر صياغة هذه النظرية في قالب

---

(1) راجع = محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص145 وما بعدها .

(2) راجع = فلاشابولوس ، المرجع السابق - ص 176 ،
- وفي نفس المعنى فيليب دربای ، المرجع السابق - ص 95 .

(3) راجع = محمد ابراهيم الدسوقي ، المرجع السابق - ص 147 .

./.

جديد لتتماشى مع روح ونصوص القوانين الوضعية الحديثة، فاعتبر الشرط الجزائي وسيلة ضغط Moyen de coercition لحمل المدين على تنفيذ التزامه، وهذا ما تتناوله .

- الشرط الجزائي وسيلة ضغط = Moyen de coercition

يرى جانب من الفقه ان الشرط الجزائي ما هو الا وسيلة يضغط بها الدائن على مدينه ليجبره على تنفيذ التزامه (1)، ويرى هذا الفقه انه بالرغم من اعتراف المشرع للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي، ما زال هذا الاخير يلعب دوره التهديدي وذلك على خلاف ما ذهب اليه بعض الفقهاء (2) .

وليس كل شرط جزائي له طابع تهديدي بل اعتباره كذلك لا بد من توفر شرطين هما =

1 - ان يكون المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه اى يكون الشرط الجزائي ذا طابع مغالى فيه Exorbitant .

2 - عدم وجود رقابة قضائية فعالة .

متى توفر في الشرط الجزائي هذان الشرطان يمكن اعتباره وسيلة تهديدية .
و هذا ما سنتناوله :

اولا - طابع المغالاة في الشرط الجزائي .

ذكرنا في دراستنا لخصائص الشرط الجزائي انه اتفاق على تقدير التعويض

---

(1) راجع= فيليب دربای، المرجع السابق - ص 95 .

(2) يقول = Pr. Malinvaud: Les mecanismes juridiques des relations économiques 2ème ed.1975. N° 190.

" A la suite de cette reforme - la loi du 9 juillet 75 - on peut affirmer que la clause pénale a pour une large part perdu son carractère forfaitaire, son intérêt comme moyen de pression contre les débiteurs defaillants.

- وفي نفس المعنى = Boubli: La mort de la clause pénale, journal des not--aires 1975. Page 957 et suite.

./.

واحيانا يكون هذا التقدير مبالغا فيه ومصدر هذه المغالاة قد يكون ارادة الطرفين وقد يكون مصدرها ظروفا مستقلة عن هذه الارادة .

1 ـ طابع المغالاة في الشرط الجزائي والناتج عن ارادة الطرفين =

يمكن للمتعاقدين اثناء ابرام العقد وضع شرط جزائي لضمان تنفيذه . واذا كان المبلغ المتفق عليه مرتفعا بالنسبة للضرر المحتمل وقوعه للدائن ،نكون بصدد شرط جزائي ذى طابع عقابي ومثل هذه الشروط المغالية ،تكون احيانا نتيجة مفاوضات بين الطرفين وتكون احيانا اخرى نتيجة الهيمنة الاقتصادية والاجتماعية لاحد الطرفين . اذا كان الطرفان على قدم المساواة اثناء ابرام العقد قد يتعهد المدين بتنفيذ الالتزام رغم وجود شرط جزائي مبالغ فيه وقد يقبل المدين ذلك مقابل امتيازات يتحصل عليها لصالحه مثال ذلك في اطار عقد القرض قد يقبل المدين شرطا جزائيا مرتفعا لضمان رد مبلغ القرض في الاجل المحدد لذلك ومقابل ذلك يخفض الدائن نسبة الفائدة التي يدفعها المدين مقابل انتفاعه بالقرض. وبهذا الشرط الجزائي المبالغ فيه يطمئن الدائن الى رد القرض في التاريخ المتفق عليه . واذا كان هذا الوضع نادرا فهو مقبول من الناحية النظرية والعملية .

ولكن الوضع الغالب يتمثل في كون الدائن يكون في مركز قوة في علاقته مع المدين فيستطيع فرض شرط جزائي مغالي فيه وهذا ما نجده في عقود الاذعان حيث يدرج فيها الظرف القوى شرطا جزائيا مرتفعا ويقبله المدين دون اى نقاش ومثال ذلك ما نجده في عقود الليزنغ (Leasing) (1) والايجار

(1) المقصود بالليزنغ ما يلي = اذا رغب صاحب مشروع في زيادة تجهيزاته فانه يقصد احدى الشركات المالية المتخصصة ويجرى معها عقدا بمقتضاه تشترى له العتاد الذى اختاره صاحب المشروع وفقا للشروط التقنية الموضوعية والثمن المتفق عليه ،ويسلم هذا العتاد مباشرة للمنتفع حيث يعتبر مستأجرا له من شركة الليزنغ .
ويعرف طلال المهتار ،المرجع السابق ـ ص 239 الليزنغ بانه طريقة لتمويل التجهيزتسمح للمشاريع الصناعية والتجارية بان تكمل تجهيزاتها دون تجميد راسمالها .
ولمزيد من التفصيل راجع المؤلف ومرجعه السابق الاشارة اليهما .

./.

بالبيع credit bail في فرنسا . فليس من الغريب ان نجد مدينا ملزما بدفع مبلغ يجاوز مرتين او اكثر المبلغ اللازم لتعويض الضرر الفعلي الذى اصاب الدائن ،فمن المؤكد ان هذا الشرط وسيلة ضغط فعالة لحمل المدين على تنفيذ التزامه ،ولكنها وسيلة تعسفية خاصة بالنسبة للمدين الحسن النية والذى لا يستطيع ان ينفذ التزامه نتيجة ظروف خارجة عن ارادته .

2 ـ طابع المغالاة في الشرط الجزائي الناتج عن ظروف مستقلة عن ارادة المتعاقدين =

قد يكون للشرط الجزائي عند ابرام العقد طابع معتدل ويكون كذلك اذا حاول الطرفان ان يحددا بصفة عادلة مبلغ التعويض الذى يستحقه الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه ويهدف الطرفان بالشرط الجزائي الى مجرد تجنب اللجوء الى القضاء والمشاكل المترتبة على ذلك . وهذا التحديد الجزافي للشرط الجزائي يكتسي طابعا احتماليا ويترتب على ذلك ان الاتفاق الذى تم بين الطرفين قد يكون لصالح الدائن والمدين وذلك حسب ظروف لاحقة وغير متوقعة اذ يصعب جدا على الطرفين ان يقدرا بصفة نهائية الضرر الذى قد يلحق الدائن ولذا فمن الممكن ان يكون مبلغ التعويض الاتفاقي اكثر من الضرر الذى حصل وهكذا يكون الشرط الجزائي لصالح الدائن ويعتبر في هذه الحالة وسيلة ضغط لكن غير مقصودة او غير متوقعة . ولبيان الطابع الاحتمالي للشرط الجزائي نعطي مثالا لذلك نستخلصه من حكم اصدرته الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية (1) يتعلق بعقد ايجار بين موءجر ومستأجر تضمن شرطا جزائيا مقتضاه انه في حالة مغادرة المستأجر الاماكن الموءجرة بصورة فجائية يدفع للموءجر مبلغا يساوى قيمة ايجار ثلاثة اشهر كتعويض عن فسخ عقد الايجار

(1) انظر= حكم الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الصادر في 2/10/1974 المنشور في دالوز1975 ،ص131 ،تعليق الاستاذ دوتال Detel . ./.

قبل انتهاء مدته . مبدئيا لا يمكن اعتبار هذا التعويض الجزافي مبالغا فيه لان مغادرة المستأجر المين المؤجرة اثناء السنة امر احتمالي لكن لو تحقق هذا الشرط - مخالفة المستاجر شروط العقد - فيفاجيء بذلك المؤجر الذى يضطر الى البحث عن مستأجر اخر ومثل هذا الامر قد يسبب له ضررا كبيرا غير ان الوضع قد يختلف لو ان المؤجر - بمجرد مغادرة المستأجر المين المؤجرة - وجد فورا مستأجرا اخر اذ يكون الضرر في هذه الحالة ضئيلا بالنسبة للتعويض الذى اتفق عليه وهنا يصبح الشرط الجزائي مبالغا فيه (1) .

وهكذا يتبين لنا ان الشرط الجزائي قد يكون مغاليا فيه بسبب ارادة الاطراف او نتيجة لظروف لا تتعلق بارادة الاطراف .

ثانيا - عدم وجود رقابة قضائية فعالة =

كان القاضي الفرنسي قبل 1975 مجردا من سلطة تعديل الشرط الجزائي . وبمقتضى قانون 9 جويلية 1975 اصبح بامكانه ان يراقب مبلغ التعويض الاتفاقي ونفس الشيء بالنسبة للقاضي الجزائرى وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائرى .

فما اثر هذه الرقابة القضائية على القيمة التهديدية للشرط الجزائي ؟

تتميز هذه الرقابة القضائية بخاصية جوهرية هي ان هذه السلطة جوازية للقاضي والنص صريح في ذلك اذ يقول " يجوز" (2) لهذا قرر الفقه

---

(1) وهذا ما وصلت اليه محكمة النقض في حكمها السابق الاشارة اليه اذ بمجرد مغادرة المستاجر المين المؤجرة وجد المؤجر مستاجرا اخر ، لهذا رات محكمة النقض ان المبلغ المتفق عليه اصبح مبالغا فيه وايدت حكم محكمة الاستئناف التي قضت بتخفيضه .

(2) قارن القانون المدني السويسرى ، المادة 163 منه التي الزمت القاضي بممارسة هذه السلطة باستعمالها عبارة " يجب" .

ان هذه الرقابة القضائية التي خولها المشرع للقاضي لم تقضي على الوظيفة التهديدية للشرط الجزائي (1) حيث للقاضي مطلق الحرية في التدخل وعدم التدخل لتعديل الشرط الجزائي ، ويترتب على ذلك ان المدين لا يعلم المصير الذى ينتهي اليه الشرط الجزائي لو عرض النزاع على القضاء لذا يفضل المدين تنفيذ التزامه بدلا من مغامرة تكلفه ثمنا غاليا ، ويستخلص هذا الفقه ان الوظيفة الاكراهية او التهديدية للشرط الجزائي مقبولة من الناحية التشريعية (2) ، لهذا اعتبر الشرط الجزائي وسيلة ضغط على المدين .

لكن لم تتمكن كل من نظرية التعويض والعقوبة فرض نفسها ، مما ادى ببعض الفقه الى المزج بينهما واعتبار الشرط الجزائي مركب الطبيعة ، وهذا ما نتناوله في المبحث الثالث .

****

المبحث الثالث

في الطبيعة المركبة للشرط الجزائي

يرى جانب من الفقه ان للشرط الجزائي طبيعة مزدوجة . فحسب هذا الراى يعتبر الشرط الجزائي في نفس الوقت تعويضا وعقوبة وقد

---

(1) راجع = فيليب درباى ، المرجع السابق - ص 96 .

(2) راجع = بوبلي ، المرجع السابق - ص 958 ، فقرة 35 حيث يقول : "Ainsi le legisla-teur n'entend pas rennoncer totalement à la fonction repressive de la clause pénale"

- وفي نفس المعني راجع : "Guberť Rapport devant l'assemblée nationale journal officiel 1975, débat parlementaire, page 286I: " Il semble util de maintener dans son principe la clause pénale qui presente une valeur comminatoire salutaire"

تبنـي هــذه النظريــة الفقيـه الالمانـي كـوزاش Cosash (1) الــذى اعتبــر الشــرط الجزائــي عقوبــة تعويضيــة كما قال بهـا ايضـا الفقيـه اجنـي (2) حيث جــاء فـي رسالتـه ما يلي =" ان استبعــاد الطابــع التعويضــي للشرط الجزائــي او استبعــاد طابعـه المقابـي هــو موقــف متطـرف بـل ان جمـع الموقفيـن اللذين يكونـان الموضـوع ونقيضـه قـد يعطــي الحـل الصحيـح من الناحية النظرية" .

غيـر ان هــذا الـراى قـد تعـرض بـدوره لانتقادات من طرف بعض الفقــه وخـاصـة الاستــاذ بيرانـو فاشيـو Perano faxio (3) الــذى يـرى بــأن الشــرط الجزائــي يكـون اما تعـويضـا وامـا عقـوبــة ولا يمكــن بـأى حــال مــن الاحــوال الجمـع بيــن التعـويــض والعقـوبـة ، ويبـرر هــذا الفقيــه رايـه بمـا يلـي حيـث ينطلـق من السـؤال التالي = هـل يمكـن للشـرط الجزائـي المتفـق عليـه ان يـؤدى فـي نفـس الوقــت وظيفـة المقـابيــة وايضـا وظيفتـه التعـويضيـة ؟ وبعبـارة اخـرى هــل يمكـن للقـانـون الوضعــي ان يضــع قواعــد تتجلـى عـلـى ضـوئهـا وفـي نفـس الوقت الوظيفتـان المقابيـة والتعويضيــة للشـرط الجزائــي ؟

يـرد الاستــاذ بيرانـو عـلى هــذا السـؤال بالنفـي حيث يـرى انـه لا يمكــن اعتبــار الشـرط الجزائـي في نفـس الوقت تعويضـا وعقوبــة اذ التعـويض مـا هــو الا اصـلاح الضـرر الـذى حصـل فهـو بـذلـك مقابـل لقيمـة الضـرر ، لـذا فجـوهـر التعـويـض يكمـن فـي فكـرة المعـادلـة بيـن الضرر الـذى حصـل والمبلـغ الـذى يـدفـع عـلى سبيـل التعـويــض، بينمـا جـوهــر العقوبـة يكمـن فـي فكـرة فـرض عـبء يحـدث ضـررا لمـن وجهـت اليـه . لهـذا فجـوهـر التعـويـض يختلـف تمـامـا

---

(1) اشار اليه Peirano Faxio: La clause pénale en droit français et droit de l'Amérique latine, revue internationale du droit comparé I949 Page 3I5.

(2) راجع= اجني ، المرجع السابق - ص 164 ، حيث ورد ما يلي : "Exlure l'aspect repa- -rateur de la clause pénale ou son aspect pénale sont deux positions extrêmes egalement condamnables, seule une conbinaison de ces deux points de vue qui constituent la syuthèse et l'antithèse fournissent pratiquement la solution désirable et theoriquement exacte".

(3) راجع= بيرانو فاشيو ، المرجع السابق - ص 322 .

عن جوهر العقوبة ،فالقول بأن المبلغ الذى يدفع في حالة عدم تنفيذ العقد هو تعويض وعقوبة قول متناقض ، فالمضمونان مختلفان ولا يمكن جمع النتائج المترتبة على كل منهما ، ويترتب على هذا التحليل النتيجة التالية انه لا يمكن للقانون الوضعي ان يمنح للشرط الجزائي الا طبيعة واحدة وهي اما ان يعتبره عقوبة او ان يعتبره تعويضا ،ولا يمكن تصور حل ثالث،بل ان كل محاولة لمزج هذين المفهومين مصيرها الفشل وبالضرورة سيضحي بالمفهوم التعويضي على حساب المفهوم العقابي او العكس. ويختم الاستاذ بيسرانو رايه انه في ضوء هذين المفهومين يتحدد مصير الشرط الجزائي كنظام مستقل فهو اما عقوبة خاصة يؤدى نفس الوظيفة التي كانت منوطة له في القانون الروماني وفي هذه الحالة فان تنظيمه بنصوص خاصة في القانون المدني له ما يبرره . واما ان يعتبر تقديرا مسبقا للتعويض وفي هذه الحالة يجب ان تشطب من القانون المدني الاحكام الخاصة بالشرط الجزائي اكتفاء بالقواعد العامة التي تحكم التعويض،غير ان هناك رايا يذهب الى عكس ذلك حيث يرى انه من غير الصحيح القول ان امكانية تعديل الشرط الجزائي تفقده اهميته العملية وان طابعه التعويضي لا يستلزم شطب الاحكام المنظمة له من القانون المدني (1) .

- موقف القانون الجزائرى من هذه النظريات =

يتبين لنا من النصوص القانونية الخاصة بالشرط الجزائي ان المشرع الجزائرى قد اضفى عليه بكل وضوح الطابع التعويضي متجاهلا تماما الفكرة العقابية بدليل انه اشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي

---

(1) راجع= الراى المعاكس Samir tanagho: L'obligation judiciaire, etude morale et technique du contrat, thèse I965, page I75.
" Il n'est pas donc exact que la possibilité de la modification de la clause pénale lui enlève toute utilité pratique car elle peut jouer encore un rôle probatoire, la nature exclusivement indemnitaire de la clause pénale ne reco--mmande pas de rayer du code civil le chapitre se rapprochant à elle"

./.

وهـــذا ما قضـت بـــه المـادة 1/184 مدني جـزائرى اذ جاء فيهـا" لا يكـــون التعـويـض المحـدد للاتفـاق مستحقـا اذ اثبـت المديـن ان الـدائـن لـم يلحقـــه اى ضـــرر".

هـــذا من جهـــة ومـن جهـة اخـرى قرر تطبيـــق احكام التعويـض بمقابـــل عـــلى الشـــرط الجـزائـي (1) .

- موقف القانون المصرى من هذه النظريـات =

يستخلـــص من المـواد 223 و 224 و 225 مدني مصرى ان المشـرع المصـــرى ايضــا اعتبـر الشـرط الجـزائـي تعـويضـا حيـث اشتـرط وقـوع الضرر لاستحقاقـــه (2) كمـا ايضـــا نـص على تطبيـــق احكـام التعـويـض بمقابـل علـى الشـرط الجـزائـي (3)

---

(1) راجع= المادة 183 مدني التي احالت الى تطبيق المواد 176 الى 181 المتعلقـة بالتنفيذ بمقابل .

(2) تنص الفقرة الاولى من المادة224 على ما يلي" لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر".
واتجاه موقف المشرع المصرى هذا ما هو الا تجسيدا لموقف القضاء المصرى القديم الذى كان يشترط وقوع الضرر لا ستحقاق الشرط الجزائي . حيث اصدرت محكمة الاستئنـــاف الوطنية في دوائرها المجتمعة حكما بتاريخ 6 ديسمبر1926 منشور بمجلة المحاماة سنة 7 ـ ص 331 مايلي : اذا ثبت لدى القاضي ان مقدار الشرط الجزائي جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذى حصل فعلا للمتعهد اليه ، وبعبارة اخرى اذا تبين ان الشرط الجزائي انما هو في الواقع ونفس الامر شرطاتهديدي ليس الا ـ وهـذا امـــر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها ـ فان له في مثل هذه الحالة فقط ان يمتنع عـن التصديـق علـى هـذا العويـض الجائـر ، وان يقـدره حسـب ما يظهـر لـه من ظـروف ووقائع الدعوى .

(3) راجع = المـادة 223 مدنـي مصـرى التـي احالـت عـلى تـطبيـق احكـام المواد من 215 الى 220 .

./.

انه

وقد جاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني " ليس الشرط الجزائي في جوهره الا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب اداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدرا اخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور اخرى . فلا بد لا ستحقاق الجزاء المشروط، اذن ، من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهي الخطأ والضرر والاعذار" (1) .

- موقفنا من هذه النظريات =

بعد ان استعرضنا كل من نظرية التعويض والعقوبة والموقف المتوسط بينهما ، نعتقد بأن الشرط الجزائي ما هو الا تعويض ولا يمكن ان يكون وسيلة ضغط على المدين للسبب التالي = ان هذه النظرية ترتكز على فكرتين هما ، المغالاة في تقدير التعويض والسلطة التقديرية للقاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي .

فبالنسبة للفكرة الاولى نرى انها لا تتجلى بصورة نهائية الا في مرحلة لاحقة للاتفاق على الشرط الجزائي وهي مرحلة التنفيذ حيث عندما تتحقق واقعة عدم التنفيذ هنا يمكن المقارنة بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذى حصل فعلا لتقدير مدى المغالاة في الشرط الجزائي . وهنا نتساءل كيف يمكن القول انه وسيلة للضغط على المدين ؟

اما بالنسبة للفكرة الثانية المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي فلا نعتقد ان هذا الاخير يرفض التدخل متى طلب منه ذلك خاصة اذا ادخلنا في الاعتبار الجانب النفساني للقاضي الذى يعلم ان هذا الاتفاق موجه ضده باعتبار انه يجرده من بعض سلطاته الاصلية المتمثلة في تقدير التعويض(2) .

---

(1) راجع = الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ، الجزء الثاني - ص 573 .

(2) راجع = Dexotte: enquête sur les clauses de different, cahier du droit de l'entreprise, I976, page 23.

./.

وبهذا نكون قد اتينا على نهاية دراسة الفصل الثاني الخاص بالطبيعة القانونية للشرط الجزائي .

وننتقل الان الى دراسة نطاق الشرط الجزائي وشروط الحكم به .

***

./.

الفصـــل الثالـــث

في نطاق الشرط الجزائي وشروط الحكم به

تمهيـــــد :

ان تحـديـــد نـطـاق الشـرط الجـزائـــي يـوءدى بنـــا الـــى طـــرح الســـــوء ال الاتـــي ،هــل يمكـــن استعمـــال الشـــرط الجزائـــي فـــي كـــل مـــن المســـوءوليـــة العـقد يـــة والتقصيـــريـــة ؟

وبعـــد الاجابـة عـن هـــذا الســوءال بتبيـــان المســوءوليـــة التـــي يضمنهـــا الشـــرط الجـزائـــي نـــرى بـأن هـــذاالا خيـــر مـــا هـــو الا جـــزاء هـــذه المســوءوليـــة لـــذا يجـــب لا ستحقـاقـه تـوافـــر شـــروط حـــد دهـــا القـــانـون . وعـلـى ضـــوء هـــذا فـانـنـا نقسـم هـــذا الفصـــل الـــى المبحثيـــن التاليـــن =

- المبحـث الاول = ونتنــاول فيـــه نـطاق الشـــرط الجـزائـــي .
- المبحـث الثاني = ونخصصه لشروط الحكم بالشرط الجزائي .

****

المبحـث الاول

فـــي نطـاق الشــــــرط الجزائـــي

يحصـر الفقهـــاء (1) عـــادة نطـــاق الشـرط الجـزائـــي فـــي المســوءوليـــة المقد يـة وذلـك لكون قـواعـــد المســوءوليـــة العـقد يـــة يجـوز تعد يلهـــا امـا بالتخفيف اوبالتشديد بينمـا لا يمكـــن ذلـــك فـــي المســـوءوليـة التقصيريـــة باعتبـار قـواعـدهـــا من النظـــام

(1) راجع = كاربونية ، المرجع السابق - ص 270 ، فقرة 78 ،
- وفي نفس المعنى ، فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 413 .

العام . غير ان رايا اخر قد سلم بامكانية تصور الشرط الجزائي في كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية على حد سواء (1).

ونقسم هذا الموضوع الى مطلبين نخصص الاول للشرط الجزائي في المسؤولية العقدية والثاني للشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية .

المطلب الاول = في الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية .

اتجهت غالبية الفقه الى القول ان النطاق الطبيعي للشرط الجزائي هو المسؤولية العقدية (2) ، وهذا المجال معترف به بنص صريح في القانون الجزائري حيث تنص المادة 183 مدني جزائري على ما يلي " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض(3) بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 الى 181" .

وبما ان هناك صلة وثيقة بين التنفيذ العيني والمسؤولية العقدية . لذا يجدر بنا على ضوء موضوع التنفيذ العيني تحديد نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية ، وبعد ذلك نورد تطبيقات للشرط الجزائي في بعض العقود .

---

(1) راجع= مازو وتنك ، المرجع السابق ، ص 785 ، رقم 2641 حيث يعبران بما يلي =
"Rien n'empèche le futur responsable et la victime eventuelle de modifier voir de supprimer la responsabilité delictuelle"

- في نفس المعنى ، ديموج ، المرجع السابق ، الجزء الرابع - ص 551 .
- كذلك عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق - ص 851 ، هامش 2 .

(2) راجع= هوك ، المرجع السابق - ص 469 ،
- وفي نفس المعنى ، ماریاني ، المرجع السابق - ص 83 .
وكذلك فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 413 وكذلك ابری ورو ، الالتزامات ، الجزء 4 - ص 172 ، فقرة 309 . وكذلك ، طلال المهتار ، المرجع السابق - ص 76 .

(3) راجع= المواد 176 الى 181 المتعلقة بالتعويض بمقابل .

./.

اولا - نطاق الشرط الجزائي في المسوءولية العقدية =

نوهنا في السابق ان المسوءولية العقدية هي جزاء عدم التنفيذ العيني وهذا ما يستخلص من نص المادة 176 مدني جزائرى التي تنص انه" اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض".

مما يستلفت النظر في مجال التنفيذ العيني ان القانون قام بعرض دقيق لمختلف صور الالتزام مبينا موضوع التنفيذ في كل منها ووسيلة تنفيذه .

ونتعرض لكل صورة من صور الالتزام لنبين مدى امكانية استعمال الشرط الجزائي فيها وفعاليته .

- الصورة الاولى = الالتزام باعطاء =

اول صورة تعرض لها القانون هي الالتزام باعطاء اى الالتزام بنقل حق ملكية او اى حق عيني اخر . وفي هذا الصدد يجب ان نميز بين حالتين =

- الاولى ان يكون الالتزام منقولا او عقارا معينا بالذات ومملوكا للمدين .
- الثانية ان يكون محل الالتزام شيئا لم يعين الا بنوعه .

- الحالة الاولى =

اذا كان محل الالتزام منقولا معينا بالذات يملكه المدين فان الالتزام بنقل الملكية او اى حق عيني اخر ينقل بقوة القانون الملكية او الحق العيني .

اما اذا كان محل الالتزام عقارا فلا تنتقل الملكية الا بعد اتمام الاجراءات المتعلقة بالشهر العقارى (1) وفي هذه الحالة الاخيرة يتعين

(1) راجع= المادة 165 مدني جزائرى .

./.

على المدين تنفيذ الالتزام بنقل الملكية تنفيذا عينيا بأن يقوم بالاعمال اللازمة لتسجيل العقد الناقل للملكية ،فاذا رفض المدين استكمال هذه الاجراءات اللازمة لنقل الملكية يمكن للمشترى ان يلجأ الى وسائل التنفيذ الجبرى والتي يمقتضاها يكون حكم القاضي بمثابة سند البيع وذلك اذا سمحت طبيعة الالتزام بهذا حيث يجوز للمشترى ان يستصدر حكما بثبوت البيع ويقوم الحكم مقام العقد المصدق عليه (1) فاذا سجله المشترى انتقلت الملكية (2) ،غير ان رفض المدين القيام باجراءات نقل الملكية يعتبر بمثابة اخلال بالتزام مما قد يترتب عليه ضررا للدائن وقد سمحت القوانين الوضعية (3) للدائن بطلب تعويض عن ذلك الضرر ، فمن باب اولى يجوز للطرفين ان يتفقا مسبقا على قيمة هذا التعويض في شكل شرط جزائي .

- الحالة الثانية =

تشمل هذه الحالة الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه حيث يتحقق تنفيذ المدين لهذا الالتزام بافراز الشيء ،فاذا لم يقم المدين بتنفيذ الالتزام جاز للدائن ان يستعين بوسيلة التنفيذ العيني المقررة في الفقرة الثالثة من المادة 166 ومؤداها ان يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي ،غير ان الفقرة الثانية من المادة 166 لم تمنع الدائن من اللجوء الى وسيلة اخرى وهي الاكتفاء بمطالبة المدين بقيمة الشيء وهنا يمكن للطرفين ايضا الاتفاق مسبقا على تعويض يدفعه المدين لو اخل بالتزامه هذا ، ويشمل هذا التعويض قيمة الشيء والضرر الذى يلحق الدائن .

---

(1) راجع = المادة 171 من التقنين المدني الجزائرى .

(2) راجع = مجموعة الاعمال التحضيرية المصرية ، الجزء الثاني ،ص 530 وكذلك في شرح المادة 210 مدني مصرى التي تقابل المادة 171 مدني جزائرى .

(3) راجع = المادة 1227 مدني عراقي .

./.

الصورة الثانية = الالتزام بعمل .

تعرض القانون لصورة اخرى من صور الالتزام وهي الالتزام بعمل وقد عرفه الفقه (1) بأنه كل نشاط يتعين على المدين ان يقوم به ولا يكون من شأنه نقل الملكية او حق عيني اخر . ويعتبر من قبيل الالتزام بعمل الالتزام بالتمثيل ، والالتزام بالرسم والالتزام باقامة بناء او اجراء عملية جراحية الى غير ذلك .

وقد قسم القانون الالتزام بعمل الى نوعين = التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة .

ففي الالتزام ببذل عناية وضع القانون قاعدة عامة تحدد العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ التزامه (2) ويترتب على هذا انه اذا لم يبذل المدين هذه العناية فلا يكون قد نفذ التزامه ، وواضح هنا انه لا يمكن اجبار المدين على تنفيذ هذا الالتزام عينا والسبب في ذلك ان اخلال المدين بهذا الالتزام يعتبر في حد ذاته عدم تنفيذ نهائي لهذا الالتزام (3) ، وهنا على الدائن ان يلتجيء الى قواعد المسوءولية العقدية لطلب التعويض ، ولكن يمكن للطرفين ايضا الاتفاق مسبقا على تعويض يستحقه الدائن لو اخل المدين بالتزامه وهنا يكون الشرط الجزائي وسيلة فعالة لضمان تنفيذ هذا النوع من الالتزامات .

اما الالتزام بتحقيق غاية فلا يتم تنفيذه الا بتحقيق النتيجة المرجوة وقد يكون هذا الالتزام التزاما بتسليم شيء او التزاما بانجاز عمل معين .

---

(1) راجع = عبد الحي حجازى ، احكام الالتزام ، طبعة 1953 - ص 9 .

(2) راجع = المادة 172 مدني جزائرى .

(3) راجع = بشرى جندى ، خصائص المسوءولية العقدية . . . ، مجلة قضايا ادارة الحكومة السنة 13 ، العدد 1 - ص 11 .

فبالنسبة للالتزام بتسليم شئ فان تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء المتفق عليه، واذا لم يقم المدين بذلك اختيارا يمكن اجباره على ذلك عن طريق الاكراه المالي .

اما بالنسبة لالتزام المدين بانجاز عمل معين فانه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه يجبر على التنفيذ متى كان التنفيذ العيني الجبرى ممكنا دون تدخل شخصي للمدين بحيث يمكن للدائن ان يطلب ترخيصا في تنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين وهذا طبقا للمادة 170 مدني جزائرى التي نصت على انه" في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا" .

اما اذا كان تنفيذ الالتزام يتطلب تدخل المدين شخصيا ورفض هذا الاخير تنفيذ التزامه فان التنفيذ العيني يكون غير ممكن ومع ذلك فقد قرر القانون وسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على التنفيذ العيني وهي التهديد المالي الذى اخذ به القانون المدني الجزائرى (1) لكن نظام التهديد المالي قد لا يؤدى بصورة مطلقة الى تحقيق الفائدة المرجوة وهي التنفيذ العيني بحيث لو اصر المدين على عدم التنفيذ فلم يعد لهذه الوسيلة مجال للبقاء وليس امام الدائن الا ان يلجأ الى القاضي طالبا تصفيتها في صورة تعويض نهائي (2) .

لهذا غالبا ما يتفق الاطراف على قيمة التعويض الذى يستحقه الدائن

---

(1) راجع= المادة 174 مدني جزائرى .

(2) راجع= بشرى جندى ،المرجع السابق - ص 23 .

في حالة عدم انجاز المدين العمل المتفق عليه او في حالة تأخره في ذلك .

الصورة الثالثة = الإلتزام بالامتناع عن عمل =

يقصد بالالتزام بالامتناع عن العمل ان يتخذ المدين وضعا سلبيا هو الامتناع عن عمل معين . ويعتبر المدين قد وفى بالتزامه ما دام متمسك بهذا الوضع السلبي ،اما لو اخل المدين بهذا الالتزام بأن قام بالعمل الممنوع فيجب ان نفرق بين حالتين =

- الحالة الاولى =

قد يترتب على اخلال المدين بهذا الالتزام اثار مادية من الممكن ازالتها ،كالتزام مشترى قطعة ارض بعدم البناء فيها لمدة معينة ثم يخالف المشترى هذا الالتزام فهنا يجوز للدائن ان يطلب ازالة المخالفة واعادة الحالة الى ما كانت عليه من قبل (1) ،وقد اشارت المادة 173 مدني جزائرى الى هذا الوضع اذ قضت بأنه" اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطالب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه ان يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الازالة على نفقة المدين" .

- الحالة الثانية =

قد يترتب على قيام المدين بالعمل الذى التزم بالامتناع عنه اثار من غير الممكن ازالتها مثل ارتباط ممثل بمسرح معين والتزامه بعدم التمثيل في مسرح اخر فيخالف الممثل هذا الالتزام ففي هذه الحالة

---

(1) قارن ،السنهورى ،المرجع السابق ـ ص 997 ،فقرة 440 ، حيث يرى =
ان التنفيذ العيني اصبح مستحيلا بمجرد الاخلال بالالتزام ولا يكون هناك مجالا الا التعويض والتعويض هنا يكون عينا ويتم ذلك بازالة المخالفة التي وقعت اخلالا بالالتزام .

./.

يعتبر قيام المدين بالعمل الممنوع اخلالا نهائيا بالالتزام اذ هو يرتب اثارا يستحيل ازالتها ، ولهذا لا يمكن تصور التنفيذ العيني ولا يبقى امام الدائن الا ان يطالب بتعويض على اساس المسوءولية العقدية (1) ، وفي مثل هذه الحالات يظهر الدور الفعال الذى يلعبه الشرط الجزائي حيث يمكن للطرفين ان يتفقا مسبقا على قيمة التعويض الذى يستحقه الدائن اذا اخل المدين بالتزامه بأن قام بالعمل الذى التزم بالامتناع عنه .

وبعد ان استعرضنا الصور المختلفة للالتزام نستخلص النتيجة التالية وهي انه يمكن تصور الشرط الجزائي في مختلف صور الالتزام سواء كان التزاما باعطاء او التزاما بعمل او التزاما بامتناع عن عمل .

ومما تجدر الاشارة اليه انه بالرغم من وجود بعض الوسائل القانونية التي تساعد على التنفيذ العيني للالتزام فان هذه الوسائل غالبا مالا تحقق النتائج المطلوبة زيادة على ما تتطلبه من اجراءات قضائية معقدة وطويلة ، فالتنفيذ العيني قد يتحول الى مسوءولية عقدية ، وما دام ان الشرط الجزائي هو جزاء طبيعي لها فاستعماله في الصور المختلفة للالتزام يحقق فائدة كبيرة للمتعاقدين منها تجنب الالتجاء الى القضاء والمشاكل المترتبة على الاجراءات القضائية .

وبعد ان حددنا نطاق الشرط الجزائي في المسوءولية العقدية نعطي الان بعض تطبيقاته كأمثلة .

ثانيا ـ تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود =

هناك تطبيقات كثيرة للشرط الجزائي في الحياة العملية ، ومن النادر ان نجد عقدا يتسم بأهمية كبيرة ولا يتضمن شرطا جزائيا وذلك نظرا

---

(1) راجع = بشرى جندى ، المرجع السابق ـ ص 26 .

للفائدة الكبيرة التي يحققها للمتعاقدين (1) ومن امثلة الشرط الجزائي ما نجده في العقود المدنية كعقد التوريد حيث يلزم المورد بدفع مبلغ معين من النقود عن كل فترة يتأخر فيها عن توريد الاشياء التي تعهد بتوريدها . وكذلك في عقد البيع اذ يلزم البائع بدفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع . وايضا ما ينص عليه في عقد الايجار من الزام المستأجر بدفع مبلغ معين اذا لم يسلم العين المؤجرة او تأخر في تسليمها .

وقد يستعمل ايضا الشرط الجزائي في مجال العمل اذ قد يتضمن عقد العمل شرطا جزائيا يضمن عدم الاخلال بالعقد ، ونظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد نتناوله بشيء من التفصيل .

- الشرط الجزائي في عقد العمل =

يعتبر ايضا قانون العمل مجالا خصبا للشرط الجزائي حيث نجد معظم عقود العمل التي تربط العمال بارباب العمل تتضمن تعويضات تستحق عند فسخ عقد العمل ، وهذه التعويضات قد تحدد بصفة مسبقة في شكل شرط جزائي وفي هذا الصدد يجب ان نميز بين عقد العمل المحدد المدة وبين عقد العمل غير المحدد المدة لان القواعد التي تحكمها مختلفة .

1 - الشرط الجزائي في عقد العمل المحدد المدة =

قد يتضمن عقد العمل المحدد المدة (2) تعويضا يحدد بصفة مسبقة

---

(1) راجع = اهمية الشرط الجزائي في المبحث الاول من الفصل التمهيدى .

(2) طبقا للمادة 9 من قانون الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، الصادر بامر رقم 75-31 المؤرخ في 29 ابريل 1975 ، يكون عقد العمل غير المحدد المدة كقاعدة عامة وعلى سبيل الاستثناء يكون محدد المدة وفي ذلك في الاجال التالية = اذا كانت طبيعة العمل موقتة او كان استخدام العامل قد تم لاستخلاف عامل اصلي ، وعندما يكون العقد لمدة محددة ولم يتم تجديده اكثر من مرة واحدة .

./.

وجزافية يستحقه الطرف المضرور في حالة فسخ العقد . ولقد اعتبر الفقه (1) والقضاء الفرنسيين (2) هذا التعويض شرطا جزائيا يخضع لقواعد القانون المدني مع مراعاة احكام قانون العمل . وفي هذا الصدد ادخل المشرع الفرنسي تعديلات على الاحكام المنظمة لعقد العمل المحدد المدة وذلك بموجب قانون 3 جانفي 1979 وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 122 من هذا الاخير على ما يلي " ان فسخ العقد يعطي الحق في تعويض يناسب الضرر الذى حصل " (3) .

وقد ذهب راى الى القول ان هذا النص الجديد قد يقضي على اهمية الشرط الجزائي في عقد العمل المحدد المدة حيث اصبح المشرع يشترط تناسب التعويض مع الضرر الذى وقع ويترتب على ذلك انه اذا كان هناك شرطا جزائيا مبالغ فيه بالنسبة للضرر الفعلي فعلى القاضي ان يخفضه الى حدود هذا الضرر وبهذا يفقد الشرط الجزائي اهميته ويمكن الاكتفاء بالقواعد العامة في التعويض .

ونعتقد ان اشتراط المشرع في عقد العمل وجوب تناسب التعويض مع الضرر الذى وقع يهدف الى حماية العامل الذى يدفع قيمة التعويض من مرتبه ، وهذا قد يوثر عليه في الجانب الاقتصادى والاجتماعي .

2 - الشرط الجزائي في عقد العمل غير المحدد المدة :

لا يعني كون عقد العمل غير المحدد المدة انه غير قابل للانهاء والا اصبح موبدا مما يخالف مبدأ حرية التعاقد التي تحترمه

---

(1) راجع : Guy Poulain: Réalité du terme et volonté des parties dans les contrats à durée déterminée, droit social I980.N° IO, page II.

(2) راجع نقض اجتماعي في 1968/2/24 ، المنشور في دالوز الاجتماعي 1968 - ص 457 حيث جاء فيه :
" Est valable le contrat de travail ecrit conclu pour une durée de quatre années pour un salarie coiffeur pour dames selon remuneration de 30 ./. du montant net du travail avec dedit reciproque en cas de rupture anticipée égale à I2 mois de salaire."

(3) تنص الفقرة الثالثة من المادة 122 من قانون 3 جانفي 1979 على ما يلي :
" La rupture du contrat donne droit à des dommages intérêts correspondants au prejudice subi "

./.

كافة القوانين (1) ، بل على العكس يجوز لكل من المتعاقدين في هذا العقد ان يضع بارادته المنفردة حدا لعلاقته مع المتعاقد الاخر(2) ، ويترتب على هذا انه لا يجوز الحكم بالتعويض على الطرف الذى استعمل حقه في انهاء عقد العمل غير المحدد المدة الا ازا اثبت الطرف الاخر ان ضررا قد لحقه نتيجة خطا في استعمال حق الانهاء ، كانهاء العامل العقد دون اخطار رب العمل او ان ينهي رب العمل العقد دون مراعاة الاجراءات القانونية ، وفي الحالتين تقوم المسوءولية التي يترتب عنها الحق في التعويض. وبالنسبة لمسوءولية رب العمل عن انهاء عقد العمل غير المحدد المدة نصت المادة 42 من القانون المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص على ما يلي " يستحق العامل المستخدم لمدة غير محدودة تعويضا عن التسريح الفردى والجماعي بعد مرور سنة واحدة من العمل الفعلي لدى صاحب العمل . ويحسب مبلغ التعويض على اساس المعدل الشهرى للاجور والتعويضات والمكافآت من اى نوع كانت والمقبوضة خلال السنة الاخيرة من العمل وذلك بمعدل شهر واحد عن كل سنة من العمل وضمن حد اقصى قدره 15 شهرا" (3) .

ويرى الفقه والقضاء ان هذا المبلغ الجزافي المرتبط باقدمية العامل في الموءسسة يهدف الى تعويض العامل عن الضرر الذى لحقه نتيجة انهاء علاقة العمل ، وهذا التعويض قد يكون مصدره الاتفاقات الجماعية أو اتفاق الطرفين في شكل شرط جزائي ، ويرى بعض الفقهاء (4)

---

(1) يبرر فلاشابولوس حق فسخ عقد العمل غير المحدد المدة بارادة منفردة بقوله =
"... cette faculté de résiliation se justifie parceque les engagements a vue seraint contraires à la liberté humaine en consacrant une sorte d'exlavage conventionnel"

فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 513 .

(2) لم يسمح المشرع الجزائرى لرب العمل انهاء عقد العمل بارادة منفردة الا في حالة الخطأ الجسيم من جانب العامل وهذا ما قضت به المادة 36 من قانون العمل "لا يجوز لرب العمل انهاء علاقة العمل الا لخطا جسيم" .

(3) قارب المادتين 122/9 و 122/1 من قانون العمل الفرنسي .

(4) راجع = Yves Letartre: Requiem pour une clause pénale, journal des agrées I977, N° 2, page I07.

./.

انه اذا كانت الاتفاقية الجماعية هي مصدر التعويض الذى يستحقه العامل عند تسريحه فلا يمكن للقاضي ان يتدخل لاعادة النظر في قيمته وذلك لسببين رئيسيين هما =

من ناحية ان التعويض عن التسريح لا يمكن ان يكون مبالغا فيه ولا تافها حيث ان تقديره تم من قبل اطراف هم على قدم المساواة وفي اطار مفاوضات جماعية .

ومن ناحية اخرى ان الاتفاقات الجماعية بعد ابرامها تعتبر قاعدة تنظيمية وذلك باحتفاظها بالطابع العقدى . والحقيقة في راينا ان هاتين الحجتين غير مقنعتين لان عند وضع الاتفاقية لا يمكن معرفة الضرر الذى سيقع ولهذا قد يكون الضرر كبيرا بالنسبة للتعويض المحدد في الاتفاقية مما يجعل هذا الاخير تافها او العكس قد يكون الضرر بسيطا بالنسبة للتعويض مما يجعله مبالغا فيه يستحب تدخل القاضي لتخفيضه او زيادته .

هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى ما زال الفقه حتى الان مختلفا حول الطبيعة القانونية للاتفاقية الجماعية ، هل هي تنظيمية ام عقدية (1) اما اذا كان اتفاق الطرفين هو مصدر التعويض عن التسريح - اذ ليس هناك ما يمنع ان يتفقا الطرفان مسبقا على مقدار التعويض الذى يستحقه العامل عند تسريحه - فان هذا التعويض الاتفاقي يخضع للرقابة القضائية من طرف القاضي اذا توفرت شروطها ، ولكن

---

(1) راجع = Durand: Le dualisme de la convention collective, Revue Trimestrille du droit civil I939. N° 2 . P ge II7.

- وفي نفس المعنى = Camerlynk et Lyon Chen: Droit du travail, 7ème ed. N° 550.

./.

مما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان التمويض عن التسريح لا يمكن ان يكون تافها اذ حدد القانون الحد الادنى لهذا التعويض والذى لا يمكن النزول عنه بل تنصب الرقابة القضائية على التمويض الذى يكون مبالغا في تقديره ، فيجوز للقاضي ان يخفضه الى الحد المعقول ، وفي فرنسا وقبل تعديل احكام الشرط الجزائي بقانون 9 يوليو 1975 حيث كان القاضي مجردا من سلطة مراقبة مبلغ الشرط الجزائي ، ذهب القضاء الفرنسي الى الغاء كل شرط جزائي مغالى فيه او مبالغ فيه (1) .

وخلاصة القول ان الشرط الجزائي لا يقتصر استعماله في مجال القانون الخاص بل له تطبيقات اخرى في مجال القانون العام وعلى سبيل المثال في القانون الادارى ، حيث تملك الادارة سلطات واسعة النطاق ازاء المتعاقد معها ومن بين هذه السلطات حقها في مراقبة تنفيذ العقد وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ومن بين هذه الجزاءات الغرامات التي يتفق عليها الادارة والمتعاقد معها . والتي تعرف تحت اصطلاح غرامات التاخير (2) .

وبهذا نكون قد انتهينا من بيان نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية هذا النطاق الذى لم يثر بشأنه اى خلاف فقهي بينما احتدم الخلاف حول تصور الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما سوف ندرسه في المطلب الثاني .

---

(1) راجع = ايف ليتارتر ، المرجع السابق - ص 42 .

(2) غرامات التاخير هي عبارة عن تعويضات محددة ومنصوص عليها مقدما في العقد ، كجزاء توقعه الادارة على المتعاقد معها . ومن خصائص هذه الغرامات انها اتفاقية اذ تحدد مقدما في العقد ، وانها تلقائية بمعنى ان الادارة تطبقها في حالة اخلال المتعاقد بالتزامه بقرار ادارى تفصح فيه عن رغبتها في تطبيق الجزاء ولا تحتاج الى اللجوء الى القضاء للحصول على حكم . وان الضرر فيها مفترض حيث لا تكلف الادارة باثبات مقداره . ولمزيد من التفصيل راجع فلاشابولوس ، المرجع السابق - ص518 حيث تناول تطبيق الشرط الجزائي في القانون الادارى ، وكذلك حسين درويش ، السلطات المخولة للادارة ، طبعة1962 - ص 74 .

./.

ان تحسدد اتفاقيا في شكل شرط جزائي .

ولم يلق هذا الراى تاييدا لا في الفقه ولا في القضاء حيث انتقد الفقه (1) هذا الراى مستندا في ذلك الى حجتين =

- الحجة الاولى =

ان احكام المسوءولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ويبطل كل اتفاق يعدل هذه الاحكام .

- الحجة الثانية =

من الناحية العملية يصعب تحقيق مثل هذه الاتفاقات .

اما القضاء (2) فقد جعلت المحاكم المسوءولية التقصيرية فوق كل الاتفاقات ولهذا الغت كل اتفاق حاول الحد من المسوءولية التقصيرية .

ونحن نعتقد ان الشرط الجزائي ولو كان جزءا طبيعيا للمسوءولية العقدية فهذا لا يمنع تصوره في المسوءولية التقصيرية للاسباب التالية =

أ) ان المادة 178 مدني جزائرى التي تنص على ما يلي " يبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسوءولية الناجمة عن العمل الاجرامي " .

فمما لا شك فيه ان هذه المادة تتعلق بالنظام العام ولا نزاع في ذلك لكن لو تمعنا قليلا هذه المادة نجدها تمنع وتبطل كل شرط يعفي المدين من مسوءوليته التقصيرية ولم تقصد تقدير المسوءولية ، والاعفاء من المسوءولية شيء وتقديرها شيء اخر ، والاصل ان الشرط الجزائي لا يهدف الى الاعفاء من المسوءولية بل الى تقدير التعويض المستحق في حالة قيامها ، ولهذا نرى

---

(1) راجع= كاربونييه ، المرجع السابق - ص 270 ، رقم 78 .

(2) راجع= الاحكام التي اشار اليها = مازو وتنك ، المرجع السابق ، فقرة 264 وما بعدها - ص 786 .

./.

المطلب الثاني = في الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية =

اتجهت غالبية الفقه الى القول ان مجال الشرط الجزائي هو المسؤولية العقدية(1) في حين ذهب رأي آخر(2) الى القول ان مجال الشرط الجزائي قد يكون المسؤولية العقدية او التقصيرية على حد سواء، ويتزعم هذا الاتجاه في الفقه الاوروبي الاستاذ مازو الذى يقول في هذا الصدد انه" يمكن ان يحدد الشرط الجزائي للتعويض عن ضرر ناتج عن خطأ تقصيرى او عن خطا عقدى على حد سواء، غير ان الشرط الجزائي هو اكثر استعمالا في النطاق العقدى ولهذا عالجه المشرع في اطار المسؤولية العقدية".

وحسب راى هذا الفقيه انه وان كان الشرط الجزائي نادرا في المسؤولية التقصيرية ومالوفا في المسؤولية العقدية فهو ممكن في كلا النطاقين، فاذا توقع احد الاشخاص امكانية صدور خطأ تقصيرى منه فبامكانه ان يقدر بصفة اتفاقية مع الضحية مقدار الضرر والتعويض المستحق وذلك دون ان يكون بوسعه الغاء مسؤوليته او انتقاصها، وهكذا قد يتفق المسؤول مع الضحايا الاحتماليين على مبلغ ثابت يكون مدينا به لكل منهم كتعويض عن اخطائه الضارة وبهذا يكون قد عقد شرطا جزائيا تقصيريا.

ويستند اصحاب هذا الراى في قولهم هذا الى ان المادة 1382 مدني فرنسي لا تتعلق بالنظام العام وهذا ما يدفعهم الى القول انه بالامكان تعديل المسؤولية التقصيرية وحتى الغائها تعاقديا ويستخلصون من ذلك انه يمكن

---

(1) راجع هؤلاء الفقهاء في المطلب الاول من هذا المبحث.

(2) راجع= مازووتونك، المرجع السابق - ص 786، رقم 2641،
- وفي نفس المعنى، ديموج، المرجع السابق - ص 581، وفي الفقه العربي، السنهورى المرجع السابق - ص 851، هامش 2، كذلك انور سلطان، المرجع السابق - ص 73، كذلك، عبد المنعم بدراوى، المرجع السابق - ص 80، وقد اشارت الى ذلك ايضا الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى، الجزء 2، ص 573 التي جاء فيها مايلي = ". . . فلا يعتبر بذاته مصدرا للتعاقد بل لوجوبه مصدرا اخر قد يكون التعاقد في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع"

./.

بأن المادة 178 مدني جزائرى لا يمكن ان تكون عائقا لاستعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية ،ولكن بما ان قواعد هذه المسؤولية تلزم ان يكون التعويض معادلا (1) او مطابقا للضرر الذى وقع فعلا فان هذا ايضا لا يعوق استعمال الشرط الجزائي في المجال التقصيرى اذ اصبح بامكان القاضي ان يتدخل ويعدل من قيمة التعويض المتفق عليه فاذا اتفق المسؤول مع الضحية الاحتمالية على تعويض ووقع ضرر لم يكن هذا التعويض كافيا لتغطيته فبامكان الضحية ان يطلب زيادة الشرط الجزائي وذلك في ظل التشريعات التي تسمح للقاضي بزيادة الشرط الجزائي مثل القانون الفرنسي والسويسرى والالماني وغيرها .

اما في القانون الجزائرى فباعتبار ان المشرع لم يجز زيادة الشرط الجزائي فنعتقد انه اذا كان الفرق كبيرا بين التعويض الاتفاقي والضرر الذى وقع بحيث يكون تافها الى حد يمكن اعتباره اعفاءا من هذه المسؤولية التقصيرية ففي هذه الحالة يجب ابطال الشرط الجزائي ـ وفقا للمادة 178 التي تبطل الشرط الذى يعفي من المسؤولية التقصيرية ـ وعلى القاضي ان يقدر التعويض بنفسه .

اما لو كان التعويض المتفق عليه مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذى وقع فليس هناك اى اشكال اذ يمكن للمسؤول ان يطلب من القاضي تخفيض التعويض الاتفاقي وفقا للمادة 184 مدني جزائرى .

ب) من الناحية العملية يمكن ان تتحقق هذه الاتفاقات،بل هناك تطبيقات يمكن ان نستخلص منها جواز استعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية ونتناول تطبيقين احداهما اقتبسناه من القانون المدني العراقي والاخر من القانون المدني الجزائرى .

---

(1) راجع= فرنسوا ،شاباس،المرجع السابق ، 27 Fascicule

التطبيق الاول =

تنص المادة 1227 مدني عراقي على ان " التعهد بنقل ملكية يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط".

فهذا النص صريح في الزام من اخل بتعهده بنقل ملكية عقار بالتعويض، وسواء كان هذا التعويض اتفاقيا اى في شكل شرط جزائي ام كان تعويضا قضائيا .

والسؤال الذى يطرح هنا اذا كان التعويض مقدرا في التعهد واخل الطرف المعني بالتزامه بنقل الملكية فعلى اى اساس تحكم المحكمة بالشرط الجزائي ؟ هل على اساس المسؤولية العقدية باعتباره شرطا عقديا ؟ ام تحكم به على اساس المسؤولية التقصيرية باعتبار التعهد مفسوخا ؟ يرى جانب من الفقه العراقي ان الشرط الجزائي يؤسس في هذه الحالة على المسؤولية التقصيرية (1) لا العقدية لان التعهد اصبح باطلا .

التطبيق الثاني =

تنص المادة 363 مدني جزائرى على ان" اذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع .

---

(1) راجع= حسن الذنون ، المرجع السابق - ص 240 . وقارن السنهورى الذى يرى ان اساس التعويض الاتفاقي هو المسؤولية العقدية حيث يقول " ان بيع العقار في القانون العراقي عقد شكلي لا تنتقل الملكية الى المشترى بالنسبة للغير وبين المتعاقدين الا بالتسجيل كما ان التمهيد السابق على البيع هو عقد غير مسمى فهو ليس اذن بعقد بيع ولكنه عقد ملزم اذا اخل به المدين التزم بالتعويض وهذا التعويض ينشأ عنه مسؤولية عقدية لا تقصيرية لان مصدره هو التعاقد الملزم وهو عقد غير مسمى " الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع - ص 439 ، هامش 1 ، الوسيط في شرح القانون المدني للعقود التي ترد على الملكية .

./.

فاذا كان الثمن يدفع اقساطا جاز للمتعاقدين ان يتفقا على ان يستبقى جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما اذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الاقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ان يخفض التعويض وفقا للمادة 2/224".

قبل كل شيء يجب ان نشير ان هناك خطا في الاحالة اذ يجب ان تكون الاحالة على المادة 2/184 التي تتعلق بسلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي وليس على المادة 224 التي لا علاقة لها بالموضوع (1) .

وفي هذا التطبيق ايضا لو اتفق البائع والمشترى على احتفاظ البائع بجزء من الثمن عند فسخ العقد بسبب عدم الوفاء بجميع الاقساط، فهذا المبلغ المتفق عليه ما هو الا شرط جزائي . فلو اخل المشترى بالتزامه فعلى اى اساس تقضي المحكمة بالشرط الجزائي ؟

مما لا شك فيه انها تقضي به على اساس المسؤولية التقصيرية وليس على اساس المسؤولية العقدية لان العقد اصبح مفسوخا .

والى جانب هذين التطبيقين التشريعيين انه من الناحية العملية يمكن تصور الشرط الجزائي الذى يضمن الضرر الناتج عن المسؤولية التقصيرية ومثال ذلك ان يتفق صاحب مصنع الذى يبني مصنعا جديدا بصفة مسبقة مع جيرانه على التعويض عن الضرر الذى قد يصيبهم من جراء الدخان ، ومما لا شك فيه ان هذا شرط جزائي عن خطا تقصيرى (2)

وفي نهاية الامر نرى ان الشرط الجزائي سواء كان مقررا في المسؤولية العقدية او التقصيرية فيشترط للحكم به توافر شروط معينة نشرع في دراستها في المبحث الثاني .

---

(1) وهذا الخطأ قاصر على النص العربي بينما الاحالة صحيحة في النسخة الفرنسية .

(2) راجع = فرنسوا شاباس، المرجع السابق ، 27 Fastoule

./.

المبحث الثاني

في شروط استحقاق الشرط الجزائي

توصلنا في دراستنا للطبيعة القانونية للشرط الجزائي الى ان هذا الاخير ما هو الا تعويض ولهذا فلاستحقاقه لا بد من توافر شروط استحقاق التعويض وقد احالت المادة 183 مدني جزائرى صراحة على تطبيق المواد 176 الى 181 في مجال الشرط الجزائي (1) .

وبمقتضى هذه المواد فلا بد من وجود خطأ ينسب الى المدين وهذا ما نتناوله في المطلب الاول ، وان يحدث هذا الخطأ ضررا للدائن وان يكون الضرر نتيجة للخطأ - وهذه هي رابطة السببية - وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني ونخصص المطلب الثالث لضرورة اعذار المدين شرطا يتطلبه القانون في حالة المسؤولية العقدية للمدين .

المطلب الاول = في الخطأ .

حتى يكون الشرط الجزائي مستحقا يجب كما في حالة التعويض ان يكون المدين مخطئا وهذا معنى الاحالة على نص المادة 176/1 مدني جزائرى .

ويتمثل الخطأ في مجال الشرط الجزائي في عدم تنفيذ المدين التزامه او تأخره في ذلك ويشترط ان يكون هذا الخطأ منسوبا الى المدين نفسه (2) .

فبالنسبة للفقه او الراى الذى يعتبر الشرط الجزائي مجرد عقوبة

---

(1) تتناول المواد 176 الى 181 التنفيذ بمقابل .

(2) راجع = نقض مدني مصرى بتاريخ 5 ديسمبر 1968 منشور بمجموعة احكام النقض، سنة 29 رقم227 - ص 149 حيث جاء فيه = ان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته .

./.

يفرضها الدائن على مدينه فان هذا الراى لا يمكنه ان يتجاوز الخطأ كمنصر لاستحقاق الشرط الجزائي لانه من المتفق عليه ان اساس اى عقوبة هو الخطأ ولا يمكن لاحد ان يتحمل اى جزاء اذا لم يرتكب خطأ ، ففي الشرط الجزائي يكون قبول المدين للجزاء لضمان تنفيذ التزامه مصحوبا بنيته في عدم دفع الجزاء الا اذا كان مخطئا اى عند اخلاله بالتزامه (1) .

اما بالنسبة للراى الذى يعتبر الشرط الجزائي تعويضا فان هذا الاتجاه ايضا لا يمكنه الاستغناء عن الخطا لانه يؤسس الطبيعة القانونية للشرط الجزائي على نظرية التعويض وان هذه الاخيرة تجد اساسها وكيانها في فكرة الخطأ .

وعلى ضوء ما بيناه يعتبر الخطأ ركنا جوهريا لاستحقاق الشرط الجزائي ، والكلام عنه يؤدى بناء الى البحث عن مضمونه واثباته ثم نبين الحالات التي ينتفي فيها الخطأ من جانب المدين .

اولا - مضمون الخطأ واثباته =

1 - مضمون الخطأ =

ان الراى الغالب في الفقه يقيم الخطأ على اساس موضوعي بحت هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشيء عن العقد اذ مجرد عدم التنفيذ يجعله مخطئا الا اذا كان الامر يخرج عن ارادته (2) .

ولقد قسم الفقهاء الالتزامات بصدد الخطأ العقدى الى نوعين فهي التزامات بتحقيق نتيجة او ببذل عناية .

---

(1) راجع = فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 218 .
(2) راجع = حشمت ابو ستيت، المرجع السابق - ص 326 .

./.

فالنوع الاول هو الالتزام الذى لا يتم تنفيذه الا بالوصول الى النتيجة المرجوة والا بقي الالتزام غير منفذ ، والشرط الجزائي الذى يضمن مثل هذه الالتزامات يستحق ما دام ان النتيجة لم تتحقق .

اما النوع الثاني اى الالتزام ببذل عناية فهو الالتزام الذى يجب لتنفيذه بذل عناية معينة قد يحددها القانون او الاتفاق .

والشرط الجزائي المقرر لمثل هذه الالتزامات يستحق طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه (1) . وهكذا يكون الخطأ مبنيا على اساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم تنفيذ الالتزام . ويجب ان يتوافر في عدم التنفيذ خاصيتان هما =

أ) يجب ان يكون عدم التنفيذ نهائيا =

فلاستحقاق الدائن مبلغ التعويض الاتفاقي لا بد ان يكون عدم التنفيذ نهائيا بحيث لو كان موءقتا يوقف تنفيذ العقد ولا يستحق الشرط الجزائي .

ب) يجب ان يكون عدم التنفيذ كليا =

لا ستحقاق الدائن الشرط الجزائي كاملا لا بد ان يكون عدم التنفيذ كليا فاذا كان جزئيا فيجب الحكم بالشرط الجزائي في حدود مسوءولية المدين عن عدم التنفيذ هذا (2) .

---

(1) هناك راى حاول ان يبني الخطأ على معيار شخصي ، وفي هذا الصدد راجع اسماعيل غانم ، احكام الالتزام ، طبعة 66 - ص 38 ، فقرة 24 .

(2) اجاز المشرع الجزائرى للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي راجع المادة 2/184 من التقنين المدني .

2 - اثبات الخطأ =

من الاهمية معرفة كيفية اثبات واقعة عدم التنفيذ لان اثباتها يؤدى الى ثبوت خطأ المدين نفسه . وتعتبر مسألة اثبات واقعة التنفيذ مسألة حساسة ودقيقة لانها تتعلق بتحديد من يقع عليه عبء الاثبات. وما دام ان الخطأ العقدى يتعلق بالمسؤولية العقدية للمدين لهذا يبدو ان اثباته يدور حول الواقعة التي ادت الى استحالة تنفيذ المدين التزامه عينا ومن هذا المنطلق اذا طلب الدائن بالتعويض انما هو يدعي ان المدين لم ينفذ التزامه وطبقا لقاعدة البينة على من ادعى يقع على الدائن عبء اثبات عدم التنفيذ اى عليه ان يثبت ان المدين لم يحقق النتيجة اولم يبذل العناية المطلوبة .

وقد انتقد بعض الفقهاء فكرة تحميل الدائن عبء اثبات خطأالمدين لالتزامه ولاحظوا صعوبة هذا العبء وثقله على الدائن (1) وفي هذا الصدد يقول الاستاذ فلاشابولوس ما يلي " انه لا وجه لتحميل الدائن اثبات خطا المدين في عدم التنفيذ او التأخير في تنفيذ العقد بل هي قرينة تقوم على اساس ان المدين لم ينفذ التزامه والسبب المنطقي لعدم التنفيذ يكمن في خطا من جانب المدين . فالقرينة تقوم على ضرورة عملية ولا يمكن لنظرية الشرط الجزائي ان تستغني عن هذه القرينة لانها مرتبطة بفكرة تنفيذ الالتزام الاصلى "(2) .

---

(1) راجع= اسماعيل غانم، المرجع السابق - ص 44 ، فقرة 26 .

(2) راجع= فلاشابولوس، المرجع السابق - ص 417 ، حيث يقول " La créancier ne doit pas prouver la faute du debiteur en cas d'inexécution ou d'exécution tardive du contrat. Cette presomption repose sur le fait que le debiteur n'a pas exécuté son obligation et la raison normale de cette inexecution ne peut se trouver que dans une faute de la part de celui ci.

La presomption repose donc sur une necessité pratique et sur qui dura d'ordinaire, la theorie de la clause pénale ne peut se débarasser de cette presomption. Si cette exécution n'a pas eu lieu ou si elle a eu lieu tardivement il est juste de presumer le debiteur en faute".

فمن الناحية العملية لا يكلف الدائن باثبات خطأ المدين ،بل يكفيه ان يثبت واقعة عدم التنفيذ او التأخير فيه وهنا تقوم قرينة على ان المدين قد اخطأ (1) ،وعلى هذا الاخير اذا اراد ان يتخلص من مسؤوليته أن يثبت السبب الاجنبي لقطع علاقة السببية بين خطئه والضرر الذى اصاب الدائن .

ثانيا - حالات انتفاء الخطأ =

اذا استحال على المدين ان ينفذ التزامه عينا فان تقرير مسؤوليته عن عدم التنفيذ او التأخير في ذلك يتوقف على سبب هذه الاستحالة ، فاذا اثبت المدين ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ،فانه لا يكون مسؤولا وهذا ما اكدته المادة 176 مدني جزائرى في الفقرة الثانية الا اذا كان هناك اتفاق يقضي بتحميل المدين تبعة استحالة التنفيذ الناشئة عن سبب اجنبي ففي هذه الحالة تبقى مسؤوليته قائمة ويلزم بالتعويض، وباعتبار الشرط الجزائي تعويضا فتطبق عليه هذه الاحكام لمنع استحقاقه فلو اثبت المدين ان عدم التنفيذ راجع لسبب اجنبي لا يد له فيه يتحدد من دفع مقدار التعويض والسبب الاجنبي قد يكون قوة قاهرة ،او خطأ الدائن او فعل الغير ونتناول بايجاز كل عنصر على حده .

1 - القوة القاهرة او الحادث الفجائي =

تجرى اغلبية الفقهاء على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي (1) فهما اسمان مختلفان لمعنى واحد كلاهما يعفي المدين من مسؤوليته ، ويشترط في القوة القاهرة حتى تعتبر سببا اجنبيا توافر اربعة شروط=

---

(1) ذهب بعض الفقهاء الى التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ،فرؤوا ان الاولى امر ياتي من خارج ارادة المدين كالحرق او الزلزال ،وان الثاني يتعلق بنشاط المدين ولمزيد من التفصيل راجع في ذلك= Radouant: Du cas fortuit et la force majeure, thèse Paris I923, P. 36 et suite.

./.

أ) انَ يكون الحادث غير متوقع الحصول وقت ابرام العقد . اى يجب ان يكون الحادث غير متوقع الحصول بصورة مطلقة بحيث يستحيل على اى شخص ان يتوقعه فاذا كان من المستطاع توقعه لا يعفى المدين من المسوءولية .

ب) يجب ان يكون الحادث غير ممكن الدفع، فاذا كان المدين قادرا على دفع الحادث والتمدى له لا يعتبر قوة قاهرة حتى ولو كان غير متوقع .

ج) يجب ان يوءدى الحادث الى استحالة تنفيذ الالتزام وهذا ما يستخلص صراحة من نص المادة 176 مدني جزائرى . فاذا ترتب على الحادث ان اصبح الالتزام مرهقا فان ذلك لا يعفي المدين من التنفيذ بل يمكنه ان يطلب من القاضي اعادة توازن الالتزام وفقا لنظرية الظروف الطارئة .

د) يجب الا يكون هنا خطأ من جانب المدين ،فاذا كان هناك خطأ من جانب المدين يسبب نشوء الحادث او ساعد على نشوئه لا تكون هناك قوة قاهرة وكان المدين مسوءولا (1) .

هذا ويترتب على القوة القاهرة اعفاء المدين من مسوءوليته وبالتالي اذا كان هناك شرط جزائي يضمن الالتزام الاصلي والذى لم ينفذ بسبب القوة القاهرة فلا يمكن للدائن المطالبة طبقا لقاعدة سقوط الالتزام الاصلي يوءدى الى سقوط الشرط الجزائي .

2 - خطأ الدائن =

تنص المادة 177 مدني جزائرى انه يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض او لا يحكم بالتعويض اذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر او زاد فيه .

---

(1) راجع= الحلواني ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول - ص 298 ، طبعة 1961 .
- وفي نفس المعنى ، راجع كامل مرسي ، المرجع السابق - ص 129 .

./.

فعلى فرض ان الدائن كان هو السبب في عدم تنفيذ الالتزام او في التاخير في تنفيذه ففي هذه الحالة يرى الفقه (1) ان خطأ الدائن يحرمه من استحقاق الشرط الجزائي الذى يضمن هذا الالتزام والذى كان هو السبب في عدم تنفيذه ،وحكمة ذلك ان نظرية الشرط الجزائي تتماشى مع نظرية المسؤولية العقدية . ولاعفاء المدين من دفع الشرط الجزائي لا بد من توافر شرطين هما =

أ) وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر =

فيجب ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذى اصابه وان يكون الضرر النتيجة المترتبة على عدم التنفيذ او التاخير في ذلك من طرف المدين .

ب) ان ينسب الخطأ الى الدائن وحده =

يجب ان ينسب الخطأ الى الدائن وحده ،اما لو اشترك المدين مع الدائن في عدم تنفيذ الالتزام فيكون مسؤولا بالقدر الذى ساهم فيه بخطئه ويبقى مسؤولا عن الشرط الجزائي في حدود خطئه . ويترتب على خطا الدائن اثار يمكن اجمالها فيما يلي =

اذا كان خطا الدائن هو السبب الوحيد في حدوث الضرر يمكن للمدين ان يتمسك به كسبب اجنبي يعفيه من دفع الشرط الجزائي الذى كان يضمن الالتزام الاصلي ،اما لو اشترك خطا الدائن مع خطا المدين فلا يمكن لهذا الاخير ان يتخلص كليا من مسؤوليته وهنا تطبق القواعد العامة اى تقسيم المسؤولية بينهما وذلك حسب درجة خطا كل منهما وبالتالي يدفع المدين قيمة الشرط الجزائي في حدود المسؤولية التي يتحمل بها

---

(1) راجع= فلاشابولوس، المرجع السابق ـ ص 317 ،
ـ وفي نفس المعنى ،الحلواني ،المرجع السابق ـ ص 298 .

./.

ويترتب على هذا اذا صار الشرط الجزائي مبالغا فيه بالنسبة لهذه المسوءولية جاز للمدين ان يطلب من القاضي تخفيض التعويض الى حدود ما التزم به .

3 - فعل الغير =

واخيرا يشمل السبب الاجنبي الذى يبرئ المدين من مسوءوليته ومن دفع الشرط الجزائي ، فعل الغير . ويجب ان نحدد من هو الغير ثم نبين ما هي الاثار المترتبة على فعل الغير .

أ) معنى الغير =

في هذا الصدد نطبق قواعد المسوءولية العقدية ، فيقتصد بالغير (1) هنا كل شخص لا يسأل عنه المدين تعاقديا ولكن يشترط ان يكون الغير شخصا محددا فلا يعفى المدين من اداء التعويض اذا لم يستطع ان ينسب الخطأ الذى تسبب في عدم التنفيذ الى شخص محدد بالذات .

ب) الاثار المترتبة على فعل الغير =

بصفة عامة يمكن ان نقول ان فعل الغير يعفي المدين من مسوءوليته وبالتالي من دفع قيمة الشرط الجزائي ولكن بشرط ان يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر (2) . اما اذا اشترك فعل المدين مع فعل الغير في حدوث الضرر فهنا ايضا تطبق قواعد تقسيم المسوءولية بين الطرفين .

وخلاصة القول ان المشرع الجزائرى في تنظيمه لاحكام الشرط الجزائي قد راعى جانب العدالة حيث لم يحمل المدين مسوءولية استحالة

---

(1) راجع= الحلواني ، المرجع السابق - ص 299 .

(2) راجع= احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق - ص 451 .

./.

التنفيذ في ذلك والتي لا يد له فيها . فاجازت المادة 176 مدني جزائرى ان يثبت السبب الاجنبي للتخلص من مسوءوليته هذا من جهة ومن جهة اخرى لم يلزم المشرع الجزائرى المدين دفع قيمة الشرط الجزائي اذا اثبت ان الدائن لم يصب بضرر حتى ولو كان المدين مخطئا .

المطلب الثاني = في الضرر =

يعتبر الضرر ركنا من اركان المسوءولية العقدية فيشترط ان يتحقق حتى تترتب هذه المسوءولية في ذمة المدين .

وحسب القواعد العامة يتحمل الدائن عبء اثبات الضرر لانه هو الذي يدعيه . وفي القانون المدني الجزائرى يثير الضرر في مجال الشرط الجزائي مشكلتين احداهما تتعلق بضرورة تحققه والاخرى بنقل عبء اثبات الضرر من الدائن الى المدين .

اولا - ضرورة تحقق الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي =

لقد اخذ المشرع الجزائرى باتجاه التشريعات العربية كالقانون المصرى والسورى فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي حيث تنص المادة 184 مدني جزائرى الفقرة الاولى على انه = " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر" (1) .

يتبين من هذا النص ان القانون الجزائرى قد ابرز اهمية الضرر كركن يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي ، اذن فلا يمكن للدائن ان يطالب به اذا لم يلحقه اى ضرر ، وحكمة ذلك ان الضرر شرط لاستحقاق التعويض ، والشرط الجزائي ما هو الا طريقة من طرق التعويض(2) .

---

(1) تقابل الفقرة الاولى من المادة 184 مدني جزائرى ، المادة 224 مدني مصرى والمادة 226 مدني سورى .

(2) راجع = بشرى جندى ، المرجع السابق - ص 28 .

./.

وفي هذا الصدد يختلف القانون المدني الجزائرى عن القانون المدني الفرنسي الذى لا يشترط وقوع الضرر للدائن لاستحقاق الشرط الجزائي ،فقبل قانون 9 يوليو 1975 المتعلق بتعديل احكام الشرط الجزائي كان القضاء الفرنسي لا يشترط وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي وكان يستند في ذلك الى نص المادة 1152 مدني فرنسي التي ارست مبدأ ثبات الشرط الجزائي . لكن بعد 1975 وطبقا لقانون 9 يوليو اضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة 1152 وبمقتضاها اصبح القاضي يمارس رقابة قضائية على الشرط الجزائي وهنا لم ينص المشرع الفرنسي في هذه الفقرة الجديدة على ركن الضرر فاختلف القضاء حول اشتراطه لاستحقاق الشرط الجزائي .

فذهب راى الى الحكم بالشرط الجزائي حتى ولو لم يحصل الضرر وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر من الغرفة التجارية في محكمة النقض بتاريخ 10 جانفي 1975 (1) .

---

(1) هذا الحكم منشور في مجموعة احكام النقض المدنية ،الجزء الرابع ،رقم6 - ص6 سنة1975 وقد جاء فيه ما يلي =

" Doit être cassé le jugement qui pour debouter une partie de sa demande en paiement du montant de la clause pénale inserée dans un contrat passé par elle a retenu que si en droit la clause pénale est une convention particulière entre les parties qui doit correspondre à la reparation des dommages subis, elle ne peut ce pendant être prise en consideration s'il resulte des faits de la convention, qu'aucun dommage n'a été subi par la partie qu'en demande l'application.
En statuant ainsi alors que les parties etaient libres de determiner à leurs guise les moyens de contrainte destinés à assurer même à défaut du préjudice l'xécution de leur convention, le tribunal a violé par refus l'application des articles I226 et II52 du code civil"

./.

ثم عدلت محكمة النقض الفرنسية عن رايها فاشترطت وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وهذا ما قررته في حكمها الصادر في 24 جويلية 1978(1) .

اذ يستخلص من هذا الحكم انه لا بد من وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي وان القاضي متى قرر تعديل الشرط الجزائي فلا يمكنه ان يحكم بمبلغ يقل عن مقدار الضرر .

اما في مصر فقد نص المشرع صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي اذ قضت المادة 224/1 مدني بأنه لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر .

اما القانون اللبناني فلم يرد فيه نص صريح على ضرورة وقوع الضرر لكن جانبا من الفقه تمسك بضرورة وقوع الضرر ويبرر رايه (2) بأن وظيفة الشرط الجزائي تقتصر على نقل عبء الاثبات من الدائن الى المدين . حيث لا يكلف الدائن باثبات الضرر . بل على المدين ان يثبت عدم وقوعه ليتخلص من دفع الشرط الجزائي .

---

(1) هذا الحكم منشور في الاسبوع القانوني سنة 1978 ، جزء 4 - ص 301 . وقد عبرت محكمة النقض عن ذلك بقولها = " Il appartient aux juges du fond, souverains dans l'appreciation du prejudice subit par le créancier de fixer librement le montant de l'indemnité resultant d'une clause pénale dés lorsqu'ils l'estiment manifestement exéssive sans pouvoir toutefois allouer une somme inferieure au montant du préjudice "

وقد جاء هذا الحكم مؤيدا لحكمي =
- محكمة دواى بتاريخ 10 مارس 1976 المنشور في الاسبوع القانوني 1976 ، جزء 4 ص 339
- حكم محكمة امياس بتاريخ 23 نوفمبر 1976 المنشور في الاسبوع القانوني 1977 ، الجزء 2 رقم 18567 .

(2) راجع = عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق - ص 90 وما بعدها .
- وفي نفس المعنى ، جورج الخليل ، المرجع السابق - ص 47 و 48 .

./.

ثانيا - اثبات الضرر =

لم يفرق القانون الجزائرى بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي حيث اشترط في الحالتين توافر الخطأ والضرر لاستحقاقهما ،غير انه فرق بين هذين النوعين فيما يتعلق بعبء الاثبات، ففي التعويض القضائي يتعين على الدائن اثبات الضرر الذى لحقه وذلك طبقا لقاعدة الاثبات البينة على من يدعي ،اما في مجال التعويض الاتفاقي فقد نقل المشرع بنص صريح (1) عبء الاثبات من الدائن الى المدين الذى عليه ان يثبت ان الدائن لم يلحقه اى ضرر وان نجح في ذلك فانه يتخلص من مسوءوليته وبالتالي لا يلزم بالتعويض .

والحقيقة ان تنظيم المشرع الجزائرى لعبء الاثبات على هذا النحو يتفق مع احدى خصائص الشرط الجزائي السابق دراستها وهي كونه اتفاقا بين الطرفين اى المدين والدائن ،ان هذا الاتفاق يدل على انهما يسلمان بان عدم التنفيذ او التاخير فيه سوف يحدث ضررا للدائن يجب التعويض عنه ،وقد تم تقدير ذلك بصفة مسبقة .

ان هذا الاتفاق يصبح بدون اساس او دون سبب اذا تبين ان الدائن لم يلحقه اى ضرر ،وبما ان المدين هو الذى يدعي عدم حدوث ضرر للدائن فعليه ان يثبت ذلك ،واذا استطاع فانه يهدم الاساس الذى يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي وبالتالي يتخلص من مسوءوليته في دفع الشرط الجزائي ،ونحن نعتقد انه يمكن تأسيس عدم استحقاق الدائن للشرط الجزائي اذا لم يصبه ضرر على نظرية السبب التقليدية لان الغرض المباشر الذى يقصده المدين من الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الضرر الذى يصيبه من جراء عدم تنفيذه لالتزامه .

---

(1) قارب المادة 224 مدني مصرى .

واخيرا يجب ان يكون هذا الضرر محققا ومباشرا ومتوقعا وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المقدية . ويجب ان يكون الضرر ناشئا مباشرة عن الخطأ ويترتب على ذلك توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى يمكن تقرير مسؤولية المدين ، فلو كان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي او خطأ من الدائن او فعل الغير لتقطع علاقة السببية ولا يكون المدين مسؤولا (1) ولم يكتف القانون لاستحقاق الشرط الجزائي باشتراط وقوع خطأ من المدين وحصول ضرر للدائن بل اضاف شرطا ثالثا وهو ضرورة اعذار المدين وهذا ما ننتقل الى دراسته .

المطلب الثالث = في الاعذار =

لقد اشترط القانون المدني الجزائرى الاعذار في مجال التنفيذ العيني وذلك طبقا للمادة 164 منه (2) واشترطه ايضا في التنفيذ بطريق التعويض وذلك حسب المادة 179 (3) . ووضع احكاما موحدة للحالتين نصت عليها المادتان 180 و 181 .

وتتضمن هاتان المادتان وسائل الاعذار والحالات التي لا ضرورة فيها لاعذار المدين .

ونتناول اولا تعريف الاعذار وكيفيته ، وثانيا النتائج المترتبة على الاعذار في مجال الشرط الجزائي .

---

(1) راجع = في ذلك حالات انتفاء الخطأ في المطلب الاول من هذا المبحث .
(2) تنص المادة 164 على ما يلي =" يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا " .
(3) تنص المادة 179 على ما يلي =" لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك " .

اولا - تعريف الاعذار وكيفيته =

الاعذار هو تسجيل تأخر المدين في تنفيذ التزامه (1) . وطالما ان الدائن لم يطالب المدين بتنفيذ التزامه لا يعتبر هذ الاخير متأخرا من الناحية القانونية وان كان متأخرا من الناحية الفعلية يترتب على هذا انه لا يمكن المطالبة بالجزاء الا اذا اعذر المدين لتنفيذ التزامه واذا كان اشتراط الاعذار لاستحقاق التعويض عن التاخير لم يثر اى خلاف فقد اختلف الفقه (3) حول اشتراطه للتعويض عن عدم التنفيذ .

وقد بينت المادة 180 مدني جزائري كيفية الاعذار فذكرت عدة وسائل يستطيع الدائن ان يختار احداها ،فاعذار المدين قد يكون بانذاره او بما يقوم مقام الانذار كما يجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون . على ان القانون لم يستبعد اتفاق المتعاقدين على اختيار وسيلة اخرى للاعذار غير تلك الوسائل المبينة في نص المادة 180 ،فقد اجاز القانون ان يكون الاعذار مرتبا على اتفاق

---

(1) راجع= اسماعيل غانم ،المرجع السابق - ص 87 .

(2) انظر= حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 10 نوفمبر 1926 ،المنشور في غازيت دى ابليه 1927 ،الجزء الاول - ص 342 .

(3) من انصار الراى الذى يشترط الاعذار للتعويض عن عدم التنفيذ =
- السنهورى ،المرجع السابق ،الجزء2 - ص 843 ،فقرة 468 .
- وكذلك = Meursisse: Dommages intérêts compensatoires, moratoires et mise en demeure. J.C.P, I947, I, page 667 et suite.
- د يموج ،المرجع السابق - ص 242 .
ويستند هذا الاتجاه لتبرير موقفه على عمومية النص القانوني .
اما الراى القائل بعدم ضرورة الاعذار للتعويض عن عدم التنفيذ =
- كولا ت وكبيتان ودى لا مور انديز ،دروس في القانون المدني ،الجزء الثاني ص 154 .
- اسمان تعليقا له في مجلة الاسبوع القانوني ،الجزء الثاني ،رقم3804 .

يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل ودون حاجة الى اى اجراء اخر، والحقيقة ان هذا الاتفاق ينطوى على اعفاء الدائن من الاعذار بمعنى ان المدين يعتبر متاخرا بمجرد حلول اجل تنفيذ الالتزام دون حاجة الى اعذار (1) .

ولا يعتبر مبدا اشتراط الاعذار لاستحقاق الشرط الجزائي مطلقا بل نص القانون على عدم ضرورة الاعذار في احوال معينة وقد بينت المادة 181 مدني جزائرى هذه الاحوال وهي =

أ) انه لا ضرورة لاعذار المدين في حالة ما اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعله . وهنا لا ضرورة للاعذار لانتفاء العلة . ان علة الاعذار هي تسجيل تأخر المدين في الوفاء بالالتزام فيكون ملزما بالتعويض من وقت الاعذار، ان هذه العلة تنتفي اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد لان الامر لم يعد يتعلق بتأخير المدين بل اصبح يتعلق بعدم التنفيذ والتعويض عنه (2) .

ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر .

جـ) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مشروق او شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

د) اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوى تنفيذ التزامه .

ويترتب على ذلك انه اذا نص القانون على عدم ضرورة الاعذار في حالة

---

(1) راجع = بشرى جندى ، المرجع السابق - ص 52 .

(2) راجع = بشرى جندى ، المرجع السابق - ص 54 .

./.

معينة فيتعين تطبيق النص عليها سواء طلب الدائن بالتنفيذ العيني او بالتعويض بمقابل .

ثانيا - النتائج المترتبة على الاعذار =

ان احكام الاعذار السابق دراستها قد رتبت في مجال الشرط الجزائي بعض النتائج التي يمكن حصرها فيما يلي =

- النتيجة الاولى =

لقد اضفت احكام الاعذار طابع التعويض حيث ذهب جانب من الفقه الى تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بأنه تعويض لان المشرع اشترط لاستحقاقه توافر شروط التعويض. والقواعد المنظمة للاعذار موجودة في الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض. وفي هذا الصدد يقول الاستاذ لوران (1) يعتبر الجزاء الذى يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام تعويضا اذ القواعد التي تحكم نظرية التعويض تطبق على هذا الجزاء" .

- النتيجة الثانية =

يؤدى الاعذار الى استحقاق الفوائد القانونية او ما يسميها الفقه بالفوائد التأخيرية حيث ان هذه الفوائد لا يبدأ سريانها الا بعد اعذار المدين (2) .

- النتيجة الثالثة =

ينقل الاعذار تبعة الهلاك من الدائن الى المدين ،وفي هذا الصدد تنص المادة 168 مدني جزائرى على ما يلي :" اذا كان المدين الملزم بالقيام

---

(1) راجع = لوران ،المرجع السابق - ص 135 ،وقارن ماریاني ،المرجع السابق - ص 103 .

(2) راجع = زرقين ،المرجع السابق - ص 36 .

./.

بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الاعذار فان الاخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن".

ويترتب على ذلك انه لو تم اعذار المدين لتنفيذ التزامه ولم يقم بذلك وهلك محل العقد فيتحمل المدين تبعة الهلاك (1) ،واذا كان هناك شرط جزائي يضمن هذا الالتزام فيستحقه الدائن وعلة ذلك ان المدين قد قصر في تنفيذ التزامه مما ادى الى هلاك محل العقد ومثال ذلك لو اعذر المشترى البائع لتسليم البضاعة ولم يقم هذا الاخير بذلك ثم هلكت فيتحمل تبعة هذا الهلاك ،فاذا كان هناك شرط جزائي يضمن تسليم هذه البضاعة فللمشترى ان يطالب به .

وخلاصة القول = راينا في دراستنا لنطاق الشرط الجزائي انه يمكن استعماله سواء في المسؤولية العقدية او التقصيرية وفي هذا الصدد نرى انه في المجالين اى العقدى والتقصيرى لا بد لاستحقاقه من توافر الشروط السابق دراستها وهي الخطأ والضرر والسببية ولكن ما تجدر الاشارة اليه هنا ان دور هذه العناصر يختلف في كل من المسؤوليتين فمثلا اذا كان الخطأ هو جوهر المسؤولية التقصيرية ففي المسؤولية العقدية التي تقوم على اساس موضوعي يكون دور الخطأ فيها ثانويا كما ان الاعذار الواجب توافره في المسؤولية العقدية لا يشترط في المسؤولية التقصيرية .

واخيرا متى توافرت شروط استحقاق الشرط الجزائي وجب على القاضي ان يحكم به ،وفي هذا الصدد ،على غرار التشريعات الوضعية الاجنبية اخضع المشرع الجزائرى الشرط الجزائي لرقابة القاضي ،ونظمها بشكل يكفل تنقية هذا الاتفاق من شوائب الغش واستغلال احد الطرفين

---

(1) راجع= Benlat reche: La mise en demeure, Mémoire, D.E.S, I975, P.60 et suite.

./.

للآخر وهذا ما نتناوله تفصيلا في الباب الثاني المتعلق بالرقابة القضائية على الشرط الجزائي .

****

الباب الثاني

في الرقابة القضائية على الشرط الجزائي

تمهيد =

من خلال دراستنا لخصائص الشرط الجزائي ، راينا انه اتفاق يحدد بصفة مسبقة وجزافية قيمة التعويض. ويقدر هذا التعويض وقت ابرام العقد ، بناء على عنصر هام ، هو الضرر المحتمل الوقوع.

وفي بعض الحالات لا يتناسب هذا التقدير المسبق للتعويض مع الضرر الفعلي الذى يقع ، حيث يكون احيانا هذا التعويض مبالغا فيه متى كان الضرر الذى وقع بسيطا ، ويكون احيانا اخرى تافها اذا كان الضرر كبيرا . والسؤال المطروح في هذه الحالة ، هل يمكن للطرف المتضرر من هذا التقدير طلب مراجعة هذا الاتفاق ؟

لقد اخضع القانون الجزائرى هذا الاتفاق لرقابة القاضي ، وهذا على غرار القوانين الاجنبية الاخرى . ونرى من الضرورى بحث موضوع الرقابة القضائية في القانون المقارن وذلك نظرا لاختلاف التشريعات الاجنبية في تنظيم هذه الرقابة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى حتى نتمكن من تقدير اتجاه القانون الجزائرى في هذا الصدد .

وعلى ضوء هذا ، نقسم هذا الباب الى فصلين =

- الفصل الاول = الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون المقارن .
- الفصل الثاني = الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون الجزائرى .

./.

الفصـــــل الا و ل

الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون المقارن

تمهيــــد =

هـدفنـا مـن هـذه الـدراسة المقـارنـة ابـرازان هنـاك اتجـاهـا عالميـا نحــو الاعتـراف للقاضــي بسلطـة تعديـل الشـرط الجـزائـي ومـراقبتـه • والقوانيـن التـي اختـرنـاهـا للمقـارنـة هـي القـانـون الفـرنسـي والقـانـون الانجليـزى والامـريكـي ثـم قـوانيـن روسيـا السـوفياتيـة ورومانيـا وبولونيـا •

وما تجـدر الاشـارة اليـه ان هـذه القـوانيـن المختـارة تمثـل ثـلاثـة مـن الشـرائـع الكبـرى فـي القـانـون المعاصـر (1) • ومـن خـلال الـدراسـة المقـارنـة لهـا ،نحـاول ان نحـدد القـواعـد المشتـركـة فـي مجـال الرقابة القضـائيـة علـى الشـرط الجـزائـي لمقـارنتهـا فـي الفصـل التالـي بـالقـانـون الجـزائـرى • وعلـى هـذا الاسـاس نقسم هـذا الفصـل الـى ثـلاثـة مباحث =

- المبحـث الاول = الشـرط الجـزائـي فـي القانـون الفـرنسـي •
- المبحـث الثاني = الشـرط الجـزائـي فـي القانون الانجليزى والامريكـي •
- المبحـث الثالث= الشـرط الجزائي في القوانيـن الاشتراكيـة •

---

(1) فالقانـون الفرنسـي يمثـل الشريعـة الرومانيـة الجرمانية Systeme Romano germanique
والقانـون الانجليزى والامريكـي يمثلان شريعـة الكومنلو Systeme de common law
وقوانين كل من روسيا السوفياتيـة ورومانيـا وبولونيـا تمثـل شـريعـة القـوانيـن الاشتراكيـة Systeme de droit socialistes
وذلـك حسب التقسيم الذى تبناه = René David: Les grands systèmes de droit contemporain, ed. Paris - Dalloz I973.

المبحث الاول

في الشرط الجزائي في القانون الفرنسي

حتى سنة 1975 لم يكن بوسع القاضي الفرنسي حماية المدين حسن النية من دفع شرط جزائي مبالغ فيه • اذ ان التقنين المدني الفرنسي قد تضمن مبدأ عاما لا يمكن للقاضي الخروج عنه • ومقتضى هذا المبدأ انه يجب دفع الشرط الجزائي كما هو متفق عليه وهذا ما نصت عليه المادة 1152 مدني فرنسي "عندما يتضمن الاتفاق ان من يقصر في تنفيذ التزامه ،يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الاخر طلب زيادة او نقص" (1) •

وحاول بعض قضاة الموضوع محاربة صلابة هذا المبدأ بوسائل قانونية مختلفة فقد حاولوا كما قال الاستاذ باى خلق ثغرة في هذه القلعة القانونية (2) • غير ان محكمة النقض الفرنسية تصدت لكل هذه المحاولات ،مؤكدة على ضرورة احترام المبدأ المنصوص عليه في المادة السابقة •

غير انه في 9 جويلية 1975 ،وبناء على اقتراح من الاستاذ فواهة عدل المشرع الفرنسي احكام الشرط الجزائي ،حيث اضاف فقرة ثانية للمادة 1152 كما اعاد صياغة المادة 1231 •

---

(1) نصت المادة 1152 مدني فرنسي على ما يلي = " Lorsque la convention porte que celui qui monquera de l'exécution payera une certaine somme à titre de dommage intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ".

(2) يعبر مختار باى عن ذلك بقوله " .. Crcér une brêche dans cette forteresse juridique ".

راجع في ذلك = Mokhtar Bey: La forteresse juridique de l'article II52 du code civil ou le principe de l'irréductibilité de la clause penele journal des agrées I974, N°2, p. I67.

•/•

وقبل ان ندرس هذه الاحكام الجديدة للشرط الجزائي في القانون الفرنسي التي بمقتضاها وضع المشرع نوعا ما حدا للاستعمال التعسفي للشرط الجزائي ، يجدر بنا ان نرجع الى الوراء لدراسة الوضع السابق على قانون 1975 وذلك لابراز الجهود التي بذلها الفقه والقضاء المساعدة المدين حسن النية ، ونقسم هذا المبحث الى مطلبين =

- المطلب الاول = الرقابة القضائية للشرط الجزائي في النظام السابق •
- المطلب الثاني = الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد •

<u>المطلب الاول = في الرقابة القضائية للشرط الجزائي في النظام السابق</u> •

لقد نظم المشرع الفرنسي اثار الشرط الجزائي في مادتين هما المادة 1152 والمادة 1231 من التقنين المدني الفرنسي •

ان السؤال الذي نطرحه هنا يتمثل في ما هي سلطة القاضي في مراقبة الشرط الجزائي ؟ والاجابة على هذا السؤال يجدر بنا ان نحلل المادتين السابق الاشارة اليهما •

<u>اولا - سلطة القاضي في ضوء المادة 1152</u> =

سبق ان ذكرنا ان هذه المادة قد نصت على مبدأ ثبات الشرط الجزائي وعدم تعديله • وقد لخصت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مفهوم هذا المبدأ ، حيث جاء فيه انه " طبقا للمادة 1152 مدني ، حيث يتبين منها ان الاتفاق المبرم بشكل صحيح والمتضمن ان من يخل بتنفيذه ، يدفع مبلغا على سبيل التعويض ويكون هذا الاتفاق بمثابة قانون لمن ابرمه ، ولا يمكن للطرف الاخر ان يطلب زيادة او نقصا " (1) •

---

(1) انظر حكم الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1967/11/2 ، المنشور في دالوز سيراى 1968 ، هامش 30 •

• / •

في ضوء هذه المادة، وعلى اساس المبدأ المشار اليه سابقا، فان سلطة القاضي معدومة • اذ لا يمكنه بأى حال من الاحوال تعديل المبلغ المتفق عليه •

لكن امام الاستعمال التعسفي والمتزايد للشرط الجزائي من طرف بعض الدائنين حاولت بعض المحاكم التخفيف من شدة هذا المبدأ وتعديل قيمة الشرط الجزائي وقد استندت في ذلك على بعض الوسائل القانونية التي تتمثل في الوسائل التالية =

1 - حاولت بعض المحاكم محاربة الشرط الجزائي استنادا الى فكرة شرط الاسد (1) فطبقت المادة 2/1229 من التقنين المدني الفرنسي التي تمنع الدائن ان يجمع بين الالتزام الاصلي والجزاء • كما طبقت ايضا المادة 1184 التي لا تجيز الجمع بين الفسخ والتعويضات المقررة لعدم تنفيذ العقد • اذ في بعض العقود كان بامكان الدائن ان يجمع بين فسخ العقد والتعويض وهذا الوضع يصدق على عقود الليزنغ (Contrat de leasing) (2)، حيث للدائن عند فسخ العقد أن يسترجع كل المواد التي اجرها ويحصل على الاقساط الباقية حتى نهاية العقد • وهذا يعادل التنفيذ العيني للعقد •

غير ان هذا الاتجاه الذى اتبعته هذه المحاكم لالغاء الشرط الجزائي المغالي فيه لم يكلل بالنجاح حيث تعرضت احكامها للنقض• كما ان جانبا من الفقه قد انتقد هذا المسلك، اذ يرى

---

(1) راجع الاحكام التالية =
- حكم محكمة باريس بتاريخ 1970/2/19، الاسبوع القانوني 1970 اا• 16575•
- حكم محكمة اكس بتاريخ 1974/1/17، د اللوز سيراى 1974، هامش 74•
- حكم محكمة روان بتاريخ 1970/7/03، الاسبوع القانوني 1971 اا، 16581•

(2) راجع مفهوم الليزنغ (Leasing) في الهامش (1) من ص 86 .

•/•

الاستاذ فرنسوا شتاباس ان المادة 1184 من التقنين المدني الفرنسي تجيز الجمع بين الفسخ والتعويض لان وظيفة هذا الاخير هي اصلاح الضرر المترتب عن هذا الفسخ • وبما انه لا يمكن انكار وقوع ضرر من جراء الفسخ فلا يهم اذا قدر هذا التعويض في شكل شرط جزائي وكان مغالى فيه (1) •

2 ـ استندت بعض المحاكم الاخرى الى فكرة السبب لمقاومة الشرط الجزائي المغالى فيه حيث يرى بعض الفقهاء (2) ان عند ما يفسخ العقد لعدم وفاء قسط من اقساط الثمن ومنحه على سبيل التعويض بقية الاقساط المتبقية ،فان هذا الاتفاق يعتبر استديا ويكون الشرط الجزائي مجردا من السبب وقد اقنع هذا الراى بعض القضاة الذين تبنوه غير ان محكمة النقض(3) رفضت هذا الاتجاه ونقضت الاحكام الصادرة في هذا الصدد (4) •

3 ـ اما بعض المحاكم الاخرى فقد لجأت الى فكرة الربا للحد من الشرط الجزائي المبالغ فيه ،حيث حاولت ان تطبق في هذا المجال قانون رقم 66 ـ 1010 الصادر بتاريخ 1966/12/28 الذى حرم الربا • فقد الغت بعض المحاكم الابتدائية شروطا جزائية على اساس انها تخفي الربا المحرم (5) ،غير ان الراى الراجح في القضاء (6) لم يأخذ

---

(1) راجع= François Chabas: La reforme de la clause pénale d'aprés la loi 1975. Dalloz sirey Doctrine p. 232 et suite.

(2) انظر على سبيل المثال =
ـ بوبلي في تعليقه على حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ 1970/2/19 المشار اليه سابقا •
ـ بوكاره في تعليقه على حكم محكمة روان الصادر بتاريخ 1970/7/3 المشار اليه سابقا •
ـ كورنو ،المجلة الفصلية للقانون المدني 1971 ـ ص167 •

(3) راجع حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ 4 مارس1971 ،دالوز1972 ،582 ،تعليق مالورى •

(4) انظر نقض تجارى بتاريخ 1972/7/4 ،دالوز سيراى1972 •732 •

(5) حكم محكمة السين بتاريخ 1967/2/3 الاسبوع القانوني1968 •II• 15450 •
ـ في نفس المعنى = محكمة سان بيو16 • 11 • 1943 ،غازيت دى باليه1944 • 20 •

(6) راجع حكم محكمة تولوز بتاريخ 1943/5/8 ،الاسبوع القانوني 1970 •II ، 16481 •
ـ تعليق الاستاذ مختارى باى •

•/•

بهذا الاتجاه، كما ان محكمة النقض(1) رفضته ايضا .

4 - استندت بعض المحاكم الى فكرة العدالة لتعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه (2) غير ان محكمة النقض الفرنسية تصدت لهذا الاتجاه (3) .

وهكذا يتبين لنا من ان كل المحاولات التي قام بها القضاء لتعديل الشرط الجزائي باءت بالفشل، وسهرت محكمة النقض على احترام مبدأ اثبات الشرط الجزائي المنبثق من مبدأ سلطان الارادة . وما نستخلصه هنا ان سلطة القاضي في ظل المادة 1152 كانت معدومة .

ثانيا - سلطة القاضي في ضوء المادة 1231=

تنص المادة 1231 من التقنين المدني الفرنسي على انه " يمكن ان يعدل الجزاء من طرف القاضي اذا كان الالتزام قد نفذ جزء منه " (4) .

يتبين من هذه المادة انه يمكن للقاضي ممارسة رقابة قضائية على الشرط الجزائي حيث خول له المشرع ان يخفض المبلغ المتفق عليه اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه . غير ان هذه الرقابة محدودة من جهة باعتبارها قاصرة على حالة واحدة، ومن جهة اخرى فهي غير مجدية او فعالة لان نص المادة 1231 نص مكمل لارادة الاطراف الذين بامكانهم استبعاد تطبيقه . وهذا ما قرره القضاء، حيث جاء في حكم محكمة باريس

---

(1) انظر= نقض مدني 1968 منشور بالاسبوع القانوني 1968 . 11 . 15434 .

(2) حكم محكمة باريس بتاريخ 1866/2/14 منشور بد اللوز الدوري 1866 - 1 - ص480 .

(3) نقض مدني 1968/2/14، د اللوز الاسبوعي 1868 . 1 . 84 .

- وفي نفس المعنى = نقض مدني 1940/5/26، د اللوز الاسبوعي . 1940 . 141 .

(4) وقد نصت المادة 1231 مدني فرنسي على ما يلي = " La peine peut être modifie par le juge lorsque l'obligation a été éxécutée en partie"

./.

الصادر بتاريخ 8.3.1860 انه "...تستعمل السلطة الممنوحة للقاضي بتعديل الشرط الجزائي اذا كان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ،الا اذا لم يوجد اتفاق يستبعد هذه السلطة" (1) .

وامام موقف المشرع الفرنسي الذى جرد القاضي من سلطة تعديل الشرط الجزائي وممارسة رقابة قضائية عليه ،حاول القضاء الفرنسي ان يوسع هذه السلطة من خلال فكرة الغش والخطأ الجسيم ،حيث قرر انه اذا تم اتفاق على شرط جزائي ،ثم ارتكب المدين غشا او خطأ جسيما ادى الى وقوع ضرر يفوق التعويض المتفق عليه ، جاز للقاضي ان يراجع هذا التعويض ويرفع من (2) مقداره..

وخلاصة القول ،لقد صمد مبدأ اثبات الشرط الجزائي امام كل المحاولات الفقهية والقضائية ،قصد فرض رقابة قضائية على الشرط الجزائي ،فكان مبدأ سلطان الارادة هو الاقوى ،واستطاع ان يكون حاجز يحول دون تحقيق العدالة . وبقي الصراع قائما بين الاتجاه الفقهي والقضائي من جهة ومحكمة النقض من جهة اخرى ،الى ان استجاب المشرع لطلب الفقه والقضاء ،وذلك ما نراه في المطلب التالي .

<u>المطلب الثاني</u> = <u>في الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد</u> .

لقد تعرض نص المادة 1134 في مجال الشرط الجزائي الى انتقادات عنيفة من طرف جمعية المستهلكين (3) ،التي انتقدت بشدة نظام التعاقد في هذا الاطار الذى يسمح للطرف القوى ان يستأثر بسلطة الاكراه

---

(1) هذا الحكم منشور في د اللوز 1860 .1. 257 ،
ـ وفي نفس المعنى = حكم محكمة باريس 1970/11/16 ـ الاسبوع القانوني 1970 . 16876 .
(2) راجع حكم محكمة باريس 1969/2/1 ،د اللوز 1969 والاسبوع القانوني 1969 .II. 16030 .
(3) اشار اليها ،مختار باى في مقاله المشار اليه سابقا ـ ص 168 .

./.

المتمثلة في عقوبة خاصة قاسية ،ومستبعدا تدخل السلطة القضائية التي تراقب السير الحسن لتنفيذ الاتفاق •

فقد كشف الاستعمال التعسفي للشرط الجزائي في مجال عقود الايجار بالبيع credit bail والليزنغ وغيرها اذ اصبح الشرط الجزائي قاسيا بالنسبة لاحد الطرفين • فغالبا ما تتضمن عقود الايجار بالبيع نصا يقضي بأنه في حالة عدم دفع قسط من اقساط الثمن في الميعاد المتفق عليه ،يفسخ العقد بقوة القانون مع رد الشيء الى الدائن ،ويلزم المدين بدفع مبلغ في شكل شرط جزائي يشمل الاقساط الباقية والمستحقة •

وامام هذا الوضع ،ندد جانب كبير من الفقه بموقف محكمة النقض الفرنسية الرافضة للرقابة القضائية على الشرط الجزائي ،وضرورة احترام نص المادة 1152 الذى يحمي كما قال الاستاذ مختار باى الارهاب العقدى (Le térrorisme contractuel) (1) ولهذا نادى الفقه بضرورة تدخل المشرع لمراقبة احكام الشرط الجزائي (2) وحتى محكمة النقض عدلت عن رأيها اذ اعترفت في تقريرها السنوى للسنة القضائية 1973 ان الشرط الجزائي الذى تفرضه المؤسسات المالية المتخصصة في عملية الليزنغ والايجار قاس ومبالغ فيه (3) •

---

(1) المقال السابق ــ ص169 •

(2) راجع Alfandri: Le contrôle de la clause pénale par le juge, J.C.P I97I Doctrine N° 2395.

ــ راجع= كورنو ،المرجع السابق ــ 167 •

ــ راجع = مالوري في تعليقه على حكم محكمة باريس المشار اليه سابقا ،دالوز 1972 ،732 •

ــ راجع Boccara: La clause pénale et la quorelle seculaire de l'article I23I du code civil français. J.C.P I970 Doctrine N° 2294 et suite

(3) منشور في = Documentation française, I973, page 52 - 53.

./.

واخيرا تدخل المشرع الفرنسي ،فعدل احكام الشرط الجزائي بمقتضى قانون رقم 597 ـ 1975 الصادر بتاريخ 1975/7/9 ،حيث اضاف فقرة ثانية للمادة 1152 ،كما اعاد صياغة المادة 1231 وبالتالي اصبحت المادتان بعد التعديل كمايلي :

ـ المادة 1152 تنص على ما يلي = " عندما يتضمن الاتفاق ان من يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض،لا يسمح للطرف الاخر ان يطلب زيادة او نقص،غير انه يجوز للقاضي تخفيض او زيادة المبلغ المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة او تافها ،ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"(1) •

ـ اما المادة 1231 فتنص على انه = " اذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه يجوز للقاضي تخفيض الجزاء المتفق عليه وذلك بما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ الجزئي ودون الاخلال بالمادة 1152 ،ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك " (2) •

ونتساءل عن الاسباب التي دفعت المشرع الى هذا التعديل ؟

ولقد رد الفقه هذه الاسباب الى =

ـ اسباب تاريخية •

ـ اسباب قانونية •

ونتناول ذلك بالتفصيل •

---

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 1152 مدني فرنسي على ما يلي " Néomoins le juge peut moderer ou augmenter la peine qui avait été convenu si elle est manifes--tement exessive ou derisoire.
Toute stipulation contraire sera reputée non ecrite"

(2) تنص المادة 1231 مدني فرنسي على ما يلي = "Lorsque l'engagement à été éxéc--uté en partie la peine peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'xécution à procuré au créancier sans préjudice de l'article II52

1 ـ الاسباب التاريخية (1) =

يعتبر مبدأ اثبات الشرط الجزائي الذى تبناه واضعو القانون المدني لسنة 1804 حدثا عفويا (2) ،ففي القانون الروماني لم يكن باستطاعة القاضي تخفيض الشرط الجزائي ،على عكس القانون الكنسي الذى نادى في ظله الفقيه " Hostinus " بضرورة الوقوف بجانب الطرف الضعيف • ورأى هذا الفقيه بأن على القاضي أن يخفض الشرط الجزائي اذا جاوز مقداره ضعف قيمة **الالتزام** المضمون (3)•

وفي القانون الفرنسي القديم نادى ايضا " Dumoulin " بوجوب تعديل قيمة الشرط الجزائي الذى تجاوز الضرر المترتب عن عدم التنفيذ • وقد حذا بوتيه حذو د يمولان (4) •

فقد ثبت تاريخيا ان الشرط الجزائي لم يكن ثابتا في قوانين المجتمعات السابقة وقد تردد واضعو القانون المدني لسنة 1804 في الاخذ بالمبدأ السابق اذ تضمن مشروع القانون المدني لسنة 1804 نصا مأخوذا من القانون القديم يقضي بأنه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي الذى يجاوز الضرر الفعلي • لكن بعد مناقشة المشروع الغي هذا النص وتمسك المشرع بمبدأ القوة الالزامية للاتفاق ،فنص على قاعدة ثبات الشرط الجزائي •

2 ـ الاسباب القانونية =

من الناحية القانونية ،كان القانون المدني الفرنسي معزولا عن قوانين

---

(1) مالورى = Repertoire defremois: La revision de la clause pénale 1976. P. 536.

(2) ويصفه ايف ليثارت بأنه حدث تاريخي = " La règle de l'immuabilité de la clause pénale n'est qu'un accident de l'histoire". المقال السابق ـ ص103 •

(3) راجع= المبحث الثاني من الفصل التمهيدى ـ ص 31 - 32 •

(4) راجع= المبحث الثاني من الفصل التمهيدى ـ ص 31 ـ 32

•/•

جيرانه التي لم تتبن مبدأ ثبات الشرط الجزائي وسمحت للقاضي ان يمارس عليه رقابة قضائية ومثال ذلك =

ـ <u>القانون السويسري</u> = اذ تنص المادة 163 من قانون الالتزامات على ما يلي = " يجب على القاضي تخفيض الجزاءات التي يراها مبالغا فيها " •

ـ <u>القانون الالماني</u> = تنص المادة 340 من القانون المدني على انه = اذا كانت الغرامة المستحقة مبالغا فيها يمكن قضائيا وبناء على طلب المدين تخفيضها الى مبلغ معقول ، ولتقدير ما هو معقول يجب ان يؤخذ في الاعتبار كل مصلحة مشروعة للدائن وليس فقط مصلحته المالية " •

ـ <u>القانون الايطالي</u> = حيث تنص المادة 1384 من القانون المدني على انه = " اذا كان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه او كان مبلغ الجزاء مبالغا فيه ، يمكن للقاضي ان يخفضه طبقا لقواعد العدالة مع اخذ في الاعتبار مصلحة الدائن من هذا التنفيذ الجزئي " (1) •

وقد تأثر المشرع الفرنسي في القانون الجديد بالقوانين المشار اليها سابقا (2) • اذ ان كل من التاريخ والقانون المقارن قد كانا بمثابة المرشد بالنسبة للفقهاء الذين اقترحوا تعديل الشرط الجزائي ، هذا التعديل يلبي طلبات ضحايا مبدأ سلطان الارادة بتقرير حماية قضائية لهم ضد التعسف (3) •

---

(1) تنص المادة 1384 مدني ايطالي على ما يلي = " Lorsque l'obligation principale a été partiellement éxécuté ou que le montant de la peine et manifestement exessif la pénalité peut être reduite en equité par le juge contenu de l'intérêt que le créancier avait à l'exécution".

(2) راجع تقرير = Gebert: Rapport sur le projet de la reforme de la clause pénale debat 1975, p 1601 et suite.

(3) يعبر مالوري ، المرجع السابق ـ ص 536 على ما يلي = " L'histoire et le droit comparé ont été le guide pour les auteurs de la proposition de la reforme qui satisfait les revendications des victimes de l'autonomie de la volonté en leurs consacrant une protection judiciaire contre l'abus"

غير ان تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في ظل احكام القانون الجديد يطرح مسألة تحديد نطاق سلطة القاضي والتي نبحثها في ضوء كل من المادتين 1152 و 1231 على التوالي =

اولا ـ سلطة القاضي في ضوء المادة 1152 من التقنين المدني =

لقد أكد الاستاذ فوابيه ان الشرط الجزائي ما هو الا شرط عقدي اساسه ارادة الطرفين والتي على القاضي احترامها (1) ولهذا احتفظ المشرع في الفقرة الاولى من المادة السالفة الذكر بالمبدأ العام وهو ثبات الشرط الجزائي ثم اضاف فقرة ثانية ،تعتبر استثناء، يتمثل في الاعتراف للقاضي بسلطة تخفيض الشرط الجزائي او زيادته • ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع اكتفى بتحديد شروط لتدخل القاضي دون ان يبين الطرق التي يتم على اساسها تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض او بالزيادة وقد تكفل الفقه باقتراح طرق مختلفة في هذا الصدد • وبناء على ذلك نتناول بالدراسة على التوالي =

1 ـ شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي •

2 ـ طرق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض او بالزيادة •

1 ـ شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي =

يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 1152 انه لا يمكن للقاضي ان يتدخل بكل حرية لتعديل الجزاء المتفق عليه • بل ان تدخله هذا يتوقف على توافر شرط اساسي يتمثل في ان يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه الى درجة كبيرة او تافها • ولم يحدد المشرع مفهوم المبالغة او التفاهة ،وبعبارة اخرى لم يضع ضابطا لتحديد

(1) راجع = فوابي ،المرجع السابق ـ ص 1613 •

المبالغة والتفاهة • فحاول بعض الفقهاء تبيان ذلك فيرى الاستاذ بوكاره ان المبالغة المقصودة في هذا النص هي الزيادة التي تخرق قواعد العدالة (1) •

ورأى البعض الاخر انها تتمثل في عدم التناسب الكبير بين الضرر الذي وقع وقيمة الشرط الجزائي ،حيث يتحول هذا الاخير الى غرامة (2) •

اما بالنسبة لمفهوم التفاهة ،فيرى الاستاذ بوكاره انه يجب الاستعانة بالحلول الفقهية والقضائية المتعلقة بعنصر الثمن في عقد البيع (3) • ففي نظر الفقه لا يكون هناك عقد بيع اذا لم يكن الثمن حقيقيا او جديا اوكان تافها لدرجة يمكن اعتباره غير موجود (4) ،ويميز بين الثمن التافه (Prix derisoire) والثمن البخس (Prix vil) والاول لايتناسب مطلقا مع قيمة الشيء محل العقد اما الثاني فهو يقل بكثير عن قيمة الشيء محل العقد ،ويرى ان الشرط الجزائي التافه هو الذي يحدد بمبلغ لا تناسب بينه وبين الضرر مطلقا بحيث انه تعويضا غير معبر عن الضرر (insignifiant) •

والى جانب هذا الشرط الكمي ،يرى بعض الفقهاء انه لا يمكن العمل بالفقرة الثانية من المادة السابق الاشارة اليها ،الا اذا كان المدين حسن النية حيث يرجع عدم تنفيذه للالتزام الى ظروف اقتصادية او تدهور وضعيته المالية •

---

(1) راجع = بوكاره ،المرجع السابق ـ فقرة 2742 •

(2) راجع = مالوري ،المرجع السابق ـ ص539 ،
ـ وفي نفس المعنى ،كاربونية ،المرجع السابق ـ ص286 ،وكذلك فرنسوا شاباس،المقال السابق ـ ص234 •

(3) راجع = بوكاره ،المرجع السابق ـ فقرة 2742 •

(4) ويعبر بوكاره في ذلك بقوله = " La pénalité derisoire n'est pas une indemnité inférieure à la mesure mais une indemnité insignifiante "

المرجع السابق ،فقرة 2742 •

•/•

ومتى توفر هذا الشرط وقرر القاضي ان يتدخل ،فعلى اى اساس يعدل الشرط الجزائي ؟

2 ـ طرق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض او بالزيادة =

يتبين من الفقرة الثانية من المادة 1152 ،انه يمكن للقاضي ان يخفض الشرط الجزائي او يرفع منه • ونتناول بالدراسة هاتين الحالتين =

ـ الحالة الاولى = تخفيض الشرط الجزائي =

ذكرت سابقا ان المشرع لم يبين للقاضي كيفية تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه فاتجه الفقه الى البحث عن طريقة للتخفيض• وفي هذا الصدد يرى الاستاذ بوكاره ان هناك ثلاثة طرق يمكن استعمالها للتخفيض من الشرط الجزائي المغالى فيه (1) وهي =

الطريقة الاولى =

تتمثل في تخفيض الشرط الجزائي الى حدود الضرر الفعلى "système d'adaptation" وقد انتقد الفقه (2) هذه الطريقة لانها تقتضي على وظيفة واهمية الشرط الجزائي من ناحية ،ومن ناحية اخرى ان المشرع لم يقصدها اذ لو اراد ذلك لكانت صياغة الفقرة الثانية على الشكل التالي = " غير انه يجوز ذلك اذا كان الجزاء المتفق عليه مبالغا فيه او تافها (3) " •

---

(1) راجع= بوكاره ،المرجع السابق ،فقرة 2742 •

(2) راجع= فرنسوا شاباس ،المرجع السابق ،ص 234 ،وفي نفس المعنى ايف ليتارت ،المرجع السابق ص 45 •

(3) قارن هذه الفقرة بالفقرة الثانية من المادة 1152 مدني •

الطريقة الثانية =

وتسمى " Système à butoire " وتتمثل في تخفيض الجزء الصارخ او المبالغ فيه اذ لا يمكن للقاضي عند تخفيض الشرط الجزائي ان ينزل عن نسبة معينة وعلة ذلك ان المادة 1152 مازالت محتفظة بمبدأ ثبات الشرط الجزائي وهو الاصل • ومثال ذلك لو كان مقدار الشرط الجزائي ثلاثة مائة فرنك بينما الضرر الفعلي قدر بمائة فرنك، فيعتبر الجزاء مبالغا فيه يمكن للقاضي ان يخفضه الى حدود مائتين وخمسين فرنك لا اقل •

ولقد فضل الاستاذ بوكاره هذه الطريقة مبررا ذلك انها تتماشى مع الهدف الذى قصده المشرع من هذا التعديل • فالمقصود بتخفيض المبالغة هو تصحيحها وتخفيضها دون الغائها، وعلى القاضي عند تخفيض الجزاء المغالى فيه ان يراعي الفقرة الاولى من المادة 1152 (1) • غير ان هذه الطريقة لم تسلم من الانتقاد، اذ انتقدها الفقه في كونها لا تقضي على المبالغة والتعسف الذين حاول القانون الجديد محاربتهما هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية ان النسبة التي تكلم عنها الاستاذ بوكاره غير محددة وغير متفق عليها مما يؤدى بالقضاء الى الاختلاف في تحديدها (2) •

الطريقة الثالثة = Système de la libre réduction

وتتمثل في اعطاء القاضي سلطة تقديرية في تقدير الضرر وتخفيض الضرر وتخفيض الشرط الجزائي تبعا لذلك • وقد انتقدت هذه الطريقة من

---

(1) راجع بوكاره = المرجع السابق، فقرة 2742 •

(2) راجع فرانسوا شاباس = المرجع السابق – ص 235، وفي نفس المعنى فاسور في تعليقه على حكم محكمة باريز بتاريخ 1975/1/5 داللوز سيراى 1977 • 264، وكذلك ايف ليثارت، المرجع السابق – ص 45 •

./.

طرف الاستاذ بوكاره بنفس الحجج التي انتقد بها الطريقة الاولى (1) .

- موقف القضاء الفرنسي من الطرق الثلاثة =

استبعد القضاء الفرنسي الطريقة الاولى والثانية واخذ بالثالثة حيث يرى ان القاضي سلطة تقديرية في تخفيض الشرط الجزائي ولكن بشرط الا يقل الشرط الجزائي المحكوم به عن مقدار الضرر الذى وقع .

ولهذا ما يستخلص من اتجاه محكمة النقض التي قضت في حكم لها بأن =

" قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة لتقدير الضرر الذى اصاب الدائن وتقدير مبلغ التعويض محل الشرط الجزائي المبالغ فيه ولكن دون الحكم بمبلغ يقل عن مقدار الضرر " (2) .

وبحكم اخر اكدت هذا الاتجاه بقولها = " ان النص الجديد للمادة 1152 من التقنين المدني لا يلزم القضاة بتقدير التعويض محل الشرط الجزائي على اساس مقدار الضرر الفعلي الذى وقع " (3) .

- الحالة الثانية = زيادة الشرط الجزائي =

بجانب حالة تخفيض الشرط الجزائي ، اجاز المشرع الفرنسي للقاضي الزيادة فيه متى كان تافها . وهنا ايضا لم يعط القانون اى توجيه

---

(1) راجع بوكاره = المرجع السابق ، فقرة 2742 .

(2) بتاريخ 24 يوليو 1978 ، الاسبوع القانوني 1978 . III . 301 .

(3) بتاريخ 23 يناير 1979 ، الاسبوع القانوني 1979 . III . 106 .

./.

في كيفية الزيادة وقد اقترح الفقه نفس الطرق التي قدمها في حالة تخفيض الشرط الجزائي غير ان القضاء الفرنسي قد تبنى الطريقة الثالثة والمتمثلة في اعطاء السلطة التقديرية للقاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي (1) •

وهي الطريقة التي اخذت بها محكمة اميان في حكم لها جاء فيه " ان احترام الوظيفة المزدوجة للشرط الجزائي المتمثلة في الطابع العقابي والتعويضي يقضي - في حالة الاعتراف بالطابع التافه للشرط الجزائي - زيادته الى حد مقدار الضرر الذى وقع فعلا دون ان يجاوزه والا سبب اثراء للدائن (2) •

والى جانب حالة التفاهة ذهب القضاء مدعما من طرف الفقه الى تطبيق المادة 1150 مدني الخاصة بالخطأ الجسيم والغش وقضى بزيادة الشرط الجزائي متى ارتكب المدين غشا او خطأ جسيما (3) •

وما نستخلصه من دراستنا لسلطة القاضي في ضوء المادة 1152 مدني ان القاضي الفرنسي قد تبنى طريقة واحدة - السلطة التقديرية - وذلك للزيادة في الشرط الجزائي او تخفيضه • فما هي سلطته على ضوء المادة 1231 من التقنين المدني وذلك ما نتناوله في الفقرة التالية •

<u>ثانيا - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي على ضوء المادة 1231</u> =

يتبين من المادة 1231 ان المشرع قد اعطى للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام •

---

(1) راجع فرانسوا شاباس، المرجع السابق - ص 234 •
(2) بتاريخ 23 نوفمبر 1976، د اللوز سيراى - 1977 • 157
(3) محكمة باريز بتاريخ 22/11/1975، د اللوز 1976 - ص 151 •

• / •

واذا كانت المادة 1231 في صياغتها الاولى ، قد اعترفت للقاضي بسلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي ، الا ان هذا الاخير كان غالبا لا يأخذ بها لكون ان المادة 1231 كانت تعتبر نصا مكملا ، اذ لو تناول الاطراف مصير الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي فعلى القاضي ان يعتد بذلك الاتفاق ولا يجوز له المساس به •

اما بعد التعديل فقد اصبح بامكان القاضي تخفيض الجزاء في حالة التنفيذ الجزئي حتى ولو تنبه الاطراف لحالة التنفيذ الجزئي واتفقوا على طريقة تخفيض الجزاء المستحق (1) •

غير ان القاضي مقيد في تخفيض الجزاء المتفق عليه اذ حدد له القانون طريقة يجب عليه اتباعها ، كما منعه في بعض الحالات من نقض الاتفاق • ونتناول بالدراسة طريقة تخفيض الشرط الجزائي ثم حالات تدخل القاضي •

1 ـ طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي =

طبقا للمادة 1231 يجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي حسب الفائدة التي عادت على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي ، وبذلك قيد القانون الجديد تدخل القاضي وحصره في حالة التنفيذ الجزئي • ولكن ليس كل بدء في تنفيذ الالتزام هو تنفيذ جزئي بل لا بد من استفادة الدائن من هذا التنفيذ حتى يمكن اعتبار ذلك تنفيذا جزئيا ، اذ في بعض الحالات لا يترتب على التنفيذ اية فائدة او مصلحة للدائن ومثال ذلك ان يتفق شخص مع آخر ليرسم له لوحة وان يتفقا على

---

(1) في هذا الصدد يقول جيبر في تقريره حول مشروع تعديل الشرط الجزائي مايلي =
" Le juge poura diminuer la peine même si les parties avaient prévu l'insxé-
-cution partielle"
المرجع السابق ـ ص 1623 •

•/•

شرط جزائي في حالة اخلال الرسام بالتزامه ،فلو بدأ الرسام عمله دون ان يكمله فلا يعتبر هذا العمل بمثابة تنفيذ جزئي • لكن على العكس لو التزمت شركة بحفر قناة طولها الف متر فلو انجزت 500 متر من عملها ثم توقفت فمما لا شك فيه ان العمل الذى قامت به يعتبر تنفيذا جزئيا يترتب عليه تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه •

وفي بعض الحالات لا يقبل الالتزام التنفيذ الجزئي ،وبعبارة اخرى هناك التزامات تكون غير قابلة للانقسام بسبب القانون اوالاتفاق ، وهنا لا محل للتنفيذ الجزئي لانه لا فائدة للدائن منه ،وبالتالي لا يتأثر الشرط الجزائي بالتنفيذ الجزئي • ولقد قررت محكمة النقض ان تحديد قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع(1) •

2 ـ حالات تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي =

هناك اربع حالات يمكن للقاضي ان يتدخل فيها لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الاصلي وهي =

أ) اذا سكت الطرفان عن مصير عدم التنفيذ الجزئي ،فيمكن للقاضي ان يتدخل ليخفض الجزاء بالنظر الى عدم التنفيذ الكلي (2) •

ب) اذا اشترط الطرفان انه في حالة عدم التنفيذ الجزئي لا يمكن تخفيض الجزاء المتفق عليه ،فلا يعتد بهذا الشرط ،وللقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي مع مراعاة قيمة التنفيذ الجزئي (3) •

---

(1) انظر حكمها الصادر بتاريخ 1970/3/5 ،الاسبوع القانوني ١١٠ • 16581 •

(2) راجع فرانسوا شاباس = المرجع السابق ،فقرة 79 •

(3) راجع فرانسوا شاباس ،المرجع السابق ـ فقرة 79 • 80 •

•/•

جـ) اذا تنبه الطرفان لحالة عدم التنفيذ الجزئي واتفقا على مبلغ يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ الجزئي من طرف المدين ، يمكن للقاضي ان يخفض هذا الشرط الجزائي متى كانت هناك مبالغة في تقديره بالنسبة للضرر المترتب عن عدم التنفيذ الجزئي وهذا بفضل احالة المادة 1231 على المادة 1152 .

د) اذا حدد الطرفان قيمة الشرط الجزائي لحالة عدم التنفيذ الجزئي وقررا ان هذا المبلغ يمكن تغييره حسب درجة عدم التنفيذ ، وهذا الافتراض الاخير كثير الاستعمال في عقود الايجار بالبيع حيث يقدر الشرط الجزائي طبقا للاقساط غير المدفوعة ، وهنا لا يمكن للقاضي ان يخفض الشرط بالاستناد الى المادة 1231 لانه يجب عليه تخفيض الشرط حسب نسبة عدم التنفيذ ، وهذا ما اتفق عليه الطرفان وهنا تتجلى اهمية الاحالة على نص المادة 1152 اذ على القاضي ان يستند الى هذه المادة الاخيرة لتخفيض الشرط الجزائي الذى قد يصبح مبالغا فيه بالنسبة لجزء الالتزام الذى لم ينفذ .

ففي هذه الاحوال على القاضي ان يتدخل لتعديل الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي وتجدر بنا الاشارة الى ما قاله الاستاذ جيير في هذا الصدد اذ قرر " ان الجزاء المتفق عليه في حالة عدم التنفيذ هو القاعدة التي ينطلق منها القاضي لتخفيض الشرط الجزائي وعليه ان يعتمد في ذلك بنية الطرفين لاستخلاص مدى استيفاء الدائن من هذا التنفيذ الجزئي (1) .

---

(1) راجع جيير ، المرجع السابق ـ ص 1813 .

./.

وحاصل القول، يتبين ان القانون الجديد لـ 1975/7/9 حاول ان يوفر حماية للمدين عن طريق منح القاضي سلطة مراقبة الشرط الجزائي المتفق عليه وفي نفس الوقت دون ان يقضي على القيمة العملية للشرط الجزائي • لهذا جعل هذه السلطة تقديرية بالنسبة للقاضي الذى يتمتع بحرية التدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه ولا رقابة عليه من طرف محكمة النقض(1) • اذا كان مصدر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون الفرنسي هو القانون نفسه، فهناك قوانين اجنبية اخرى يكون فيها مصدر الرقابة على الشرط الجزائي القضاء، وهذا هو الوضع في ظل القانون الانجلوامريكي الذى نتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل •

++++

المبحث الثاني

في الشرط الجزائي في القانون الانجلو امريكي

تمهيد =

نتعرض في هذا المبحث لبيان القواعد الاساسية التي تحكم الشرط الجزائي في النظام الانجلوامريكي • ومن المعروف ان القانون العام (common law) هو المطبق في كل من انجلترا

(1) انظر= الاعمال التحضيرية لمشروع قانون 1975/7/9 حيث جاء فيه=
" Il ne s'agit pas de faire echec à l'article II34, l'intervention rst facultative et le juge n'est pas obliger de reduire la peine" débats parlementaires I975, p I805 et suite.

والـولا يـــات المتحـــدة الامريكيـــــة (1) • ولهـــذا نقســـم هـــذا المبحـث الى مطلبين=

ـ المطلـب الاول = الشرط الجزائي في القانون الانجليزى •

ـ المطلـب الثاني = الشرط الجزائي في القانون الامريكـي •

المطلـب الاول = الشرط الجزائي في القانون الانجليزى •

اذا ما وقـــع اخـــلال بالعقـــد فـي النظـام الانجليـــزى ،فـــان للطـرف المضرور الحـق فـي رفـــع دعـــوى تعـويـضعـن الضـرر الـذى اصـابـه ويسمــــى هـــذا التعـــويـض" Substantial dommages " والقـاضـي هـو الـذى يقـدره •

والـى جـانـب هـذا التعويـضالقضائـي سمـح القانـون الانجليـزى لطرفي العقـد بالاتفـاق مسبقـا عـلى تقـديـر التعـويـضالـذى سمـي " Liquated dommages " وقـد اخضـع القـانـون الانجليـزى هـذا التعـويـضعلى غـرار التشريعـات اللاتينيـة لـرقـابـة القاضـي •

وقبـــل ان نتعـرضلاحكـام التعويضالاتفاقـي في القانون الانجليزى نلقي نظرة عـلى تطـور احكـام التعويـضفـي هـذا القـانـون لنفهـم الـدور الفعـال للتعـويـض الاتفـاقـي وعـلى هـذا الاسـاسنتنـاول بالدراسـة =

---

(1) يعتمد النظام القانوني الانجليزى اعتمادا كبيرا على ما يسمى بالشريعة العامة او " common law " والذى تشكل السوابق القضائية عموده الفقرى حيث ان القضاء في انجلترا هـو الاصل للقواعد القانونية اذ من واجب القاضي الالتزام بالسوابق وعليه فكل محكمة ملزمة باتباع القضايا المقررة من قبل المحاكم الاعلى منها في التدرج ،وذلـك يعنـي ان حكم مجلـس اللـوردات يلزمه في القضايا المماثلة التي ترفـع اليـه ،كما يلزم جميع المحاكم الانجليزيـة الاخرى • وحكم محكمة الاستئناف يلزمها هي ويلزم المحاكم الادنى منها مرتبة ،وحكـم المحكمة الابتـدائيـة يلزمهـا ويلـزم محـاكـم المقـاطعـات• ولمزيـد من التفصيـل راجع = مجيد حميد العنبكي ،السوابق القضائيـة فـي القانـون الانجليـزى ،مجلـة القانـون المقارن، 1981 ،العدد 12 ـ ص 255 ما بعدها •

اولا ــ التطـور التاريخـي للتعويـض بصفـة عامـة .

ثانيا ــ احكـام التعويض الاتفاقي .

أولا ــ التطـور التاريخـي للتعويـض بصفـة عامـة .

1 ــ تقـد يـر التعويـض من طـرف المحلفيـن =

في بدايـة الامـر كـان التعويـض يقـدر بواسطـة المحلفيـن الذيـن يختـارون مـن الناحيـة التـي تـم فيهـا التعـاقـد ، وكان تقـديـر التعويـض واقعـا عـلى عـاتقهـم غيـر ان معظـم الاحكـام التـي اصـدرها المحلفون كـانت تجـانـب الصـواب حيـث انـه فـي بعض الحـالات كـانـوا يحكمـون بتعويـض مغالـى فيـه ، وفـي حـالات اخـرى كـانـوا يحرمـون المضـرور من التعويـض الكـامـل الـذى يستحقـه (1) .

ولهـذا كـان مـن الضـرورى ايجـاد نظـام يحمـي المتعـاقديـن مـن تحكـم المحلفيـن وتسلطهـم ، فـابتـداء مـن سنـة 1300 خـول للمتقاضيـن المضـروريـن مـن تقـديرالمحلفين للتعويض حـق اللجـوء الـى محلفيـن اعـلى درجة للمطـالبـة بـاعـادة تقـديـر التعـويـض ، فـاذا حكمـوا بـذلـك فـان الحـكـم المخطـيء كـان يستبـدل بالحكـم الجـديـد . ويعـاقـب المحلفـون الـذيـن قـامـوا بالتقـديـر الاول للتعـويـض لعـدم التـزامهـم بالقسـم الذى ارتبطوا به (2) .

وبعـد ذلـك سمـح ايضـا للمتضـرر من تقـديـر التعـويـض من طـرف المحلفين ان يتظلـم امـام هيئـة اخـرى (3) .

---

(1) راجع= احمد عبد الفتاح الشلقاني ، احكام التعويض عن الاخلال بالعقد ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة 13 ــ ص 570 وما بعدها .

(2)(3) راجع= احمد عبد الفتاح الشلقاني ، المرجع السابق ــ ص 591 .

وامام هذه الاجراءات المعقدة وتحكم المحلفين في تقدير التعويض،حاول المتعاقدون تجنب هذه الاجراءات بتقدير التعويض بأنفسهم ٠

2 ـ تقدير التعويض من طرف المتعاقدين =

بدلا من اللجوء الى المحلفين لتقدير التعويض،اصبح المتعاقدون يضمنون عقودهم نصا يقضي بدفع مبلغ محدد على سبيل التعويض في حالة الاخلال بالالتزام ٠

وكان هذا الشرط في بادئ الامر موضع احترام ،حتى ولو كان مغاليا فيه ،حتى ظهرت فيما بعد وبصفة تدريجية التفرقة بين الشرط الصحيح الذى يجب احترامه والشرط الذى يحق للمحكمة اعادة النظر فيه او استبعاده تماما ٠ ومن هذا المنطلق بدأ القضاء الانجليزى يرسي قواعدا للتمييز بين الشرط الجزائي الذى يجب احترامه لانه تعويض،والشرط الجزائي الذى يجب ابطاله لانه غرامة ٠

ثانيا ـ احكام الشرط الجزائي =

ان الهدف من التعويض في القانون الانجليزى هو جبر الضرر الذى اصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه ٠ وقد حرص القضاء ان يكون هذا التعويض معادلا للضرر الذى حصل فعلا ٠

وعلى هذا الاساس اذا كان التعويض اتفاقيا ميز القضاء بين وضعين ، لم يقبل الشرط الجزائي الذى يهدف الى معاقبة المدين في حين انه اقر الشرط الذى يرمي الى تعويض الدائن عن الضرر الذى لحقه (1) ٠

---

(1) " René David: Les contrats en droit anglais, ed I973, p 433 et suite

٠/٠

ونتناول بالدراسة هذين الوضعين =

- الوضع الاول = الشرط الجزائي تعويض =

كانت محاكم العدالة هي اول من ادانت الشرط الجزائي باعتباره غرامة ،ثم سايرتها في ذلك محاكم " الكومنلو " (1) • والسؤال المطروح في هذه الحالة ،متى يكون للشرط الجزائي طابع التعويض؟

لقد قرر القضاء الانجليزي (2) انه يجب توفر شرطين في الشرط الجزائي حتى يمكن اعتباره تعويضا •

- الشرط الاول = اذا كان من الصعب تحديد الالتزام الوارد في العقد ماليا ،حيث لا يكون من السهل على المحكمة ان تقدر التعويض لان الامر يحتاج الى اجراءات تحقيق واثبات تفصيلية •

- الشرط الثاني = يجب ان يحدد هذا التعويض بصورة معقولة اى ان يكون مبلغ التعويض متناسبا مع الضرر الذى وقع •

ومتى توافر هذان الشرطان كنا بصدد تعويض اتفاقي يجب احترامه •

- الوضع الثاني = الشرط الجزائي غرامة =

اذا حدد التعويض بصورة اجمالية دون النظر الى طبيعة الالتزام وجسامة الضرر اعتبر غرامة • وفي هذه الحالة يحق للمحكمة بناء على طلب المضرور ان تعيد النظر في تقدير هذا التعويض لجعله متماشيا مع الضرر الذى وقع •

---

(1) Jean Tilmany: Foctions et revisibilité des clauses pénales en droit comparé, Revue internationale de droit comparé 1981, N°2,p 44 - 45

(2) راجع القضايا التي اشرنا اليها - ص 157 ، 158

•/•

واضافة الى ذلك تتوقف التفرقة بين صورتي التعويض الاتفاقي والغرامة على النية الحقيقية للمتعاقدين لاستخلاص الهدف المقصود من الشرط الجزائي هل هو تقدير حقيقي ومسبق للضرر ام هو اكراه المدين؟، وفي هذا المضمار لا ترتبط المحكمة بالوصف الذى يعطيه المتعاقدين للتعويض بل تستخلص هذا الوصف من خلال تفسيرها مستندة في ذلك الى شروط العقد والظروف التي احاطت به (1) .

وقد فصل القضاء الانجليزى في قضايا كثيرة محلها نزاع حول الشرط الجزائي، فاستند الى القواعد السابق الاشارة اليها للتمييز بين التعويض الاتفاقي والغرامة .

ونستعرض بعض هذه القضايا =

- القضية الاولى = (2) وهي المعروفة بقضية "Kembele- V - FORERN"

حيث تعاقد المدعي مع المدعى عليه للتمثيل في مسرح كوفنت بارن بلندن، ونصا في الاتفاق على انه اذا تخلف احد الطرفين عن تنفيذ اى التزام وارد في هذا العقد فانه يدفع مبلغ الف جنيه، الذى قدر على انه مبلغ للتعويض عن اى اهمال او اخلال او رفض وهو المبلغ الذى اعلن الجانبان انه تعويض اتفاقي . وبعد ان قام الممثل بالتمثيل فترة من الزمن خرق نصوص العقد ورفض الاستمرار في تنفيذ التزامه فطالبه صاحب المسرح بالتعويض بناء على ما جاء في العقد . فحكمت له المحكمة بمبلغ 750 جنيه، فطعن صاحب المسرح في هذا الحكم على اساس ان التعويض المنصوص عليه في العقد هو تعويض اتفاقي ولا يجوز للمحكمة المساس به . غير ان محكمة الاستئناف قد وضحت ان التعويض في هذه القضية يحمل

---

(1) راجع مالوري = المرجع السابق - ص 537 وما بعدها .

(2) راجع ريني دافيد = المرجع السابق - ص 433 - 434 .

معنى العقوبة ولا يتصف بأنه تعويض اتفاقي لانه لا ينطبق على التزامات محددة بالذات يصعب تقديرها بل يشمل اى التزام في العقد حتى ولو كان الالتزام المخل به هو عدم سداد الاجرة اليومية المحددة في العقد • لهذا قررت المحكمة ان التعويض في هذه الحالة هو من قبيل الغرامة وان المحكمة الابتدائية قد اصابت في الحكم بتعديله (1) •

ـ القضية الثانية = قضية King Armotor (2) وتدور حول ان المدعي وهو وكيل سيارات باع للمدعي عليه سيارة كاديلاك بمبلغ 3930 دولار، وتضمن العقد شرطا يقضي بأنه اذا اراد المدعي عليه بيع السيارة محل العقد خلال ستة اشهر من خلال تاريخ شرائها وجب عليه عرضها على المدعي اولا ونص ايضا على انه اذا خالف المدعي عليه هذا الشرط بأن باع السيارة قبل عرضها على المدعي فانه يدفع مبلغ 300 دولار كتعويض عن الاخلال بالالتزام • لم يحترم المدعى عليه ما جاء في العقد وباع السيارة دون عرضها على المدعى فطالبه هذا الاخير بدفع 300 دولار كشرط جزائي • فاصدرت المحكمة الحكم التالي = "كقاعدة عامة فانه يجوز للجانبين الاتفاق على مقدار التعويض كما ان المحاكم لا تتدخل في مثل هذه الاحوال طالما كان اثبات الضرر امرا صعبا ودقيقا وطالما كان المبلغ المتفق عليه معقولا ومناسبا للضرر• وان شروط الحكم بهذا التعويض في هذا الصنف من العقود هي =

أ) ان يكون التعويض المطلوب تقديره نتيجة للاخلال بالتزام غير محدد المقدار ومن الصعب اثباته •

---

(1) راجع احمد عبد الفتاح الشلقاني = المرجع السابق ـ ص 582 •

(2) راجع أحمد عبد الفتاح الشلقاني ، المرجع السابق ـ ص 583 •

•/•

ب) ان تتجه نية الاطراف الى تقدير التعويض مقدما •

جـ) ان يكون المبلغ المتفق عليه معقولا بمعنى ان لا تحدث مفارقة كبيرة بينه وبين الضرر •

وبما انه كان من الصعب على المتعاقدين وقت ابرام العقد تقدير الخسارة التي ستلحق بالبائع بدقة نتيجة لقيام المشتري ببيع السيارة خلال الستة اشهر اللاحقة للتعاقد وان المتعاقدين اتفقا على تعويض مناسب يهدف الى تغطية خسارة البائع وليس عقاب المشتري ، لذلك حكمت المحكمة بمبلغ 300 دولار المتفق عليه (1) •

نلاحظ هنا على عكس الحكم الاول ، حيث تبين للمحكمة ان التعويض المتفق عليه لا ينطوي على عقوبة لانه من الصعب على المتعاقدين تحديد الالتزام بدقة ، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان التعويض المتفق عليه معقول •

وقد فصل القضاء الانجليزي في الكثير من القضايا (2) المتعلقة بالتفرقة بين التعويض الاتفاقي والغرامة مما ادى به الى وضع قواعد يستعين بها القاضي ويمكن حصرها فيما يلي =

- <u>القاعدة الاولى</u> = يعتبر مبلغ التعويض غرامة اذا كان مبالغا فيه لدرجة لا تتفق مع الحد الاقصى للضرر الذي قد ينتج على الاخلال بالالتزام •

- <u>القاعدة الثانية</u> = اذا كان محل التزام المتعاقد هو دفع مبلغ

---

(1) اشار الى هذا الحكم ، احمد عبد الفتاح الشلقاني ، المرجع السابق - ص 433 •

(2) على سبيل المثال = قضية Dumloppneumatic قضية Ford Motors Vindes.F اشار اليها ريني دافيد ، المرجع السابق - ص 436 وما بعدها •

من النقود واتفق على انه اذا اخل به ،فانه سيدفع مبلغا اكثر من ذلك ، فيكون هذا غرامة وعلة ذلك انه ما دام كان بالامكان تحديد الضرر بدقة ،فان الاتفاق على مبلغ اكبر هو غرامة وليس تقديرا مسبقا للتعويض •

- القاعدة الثالثة = اذا حدد المبلغ لضمان حادث واحد ،فلو تحقق هذا الاخير وجب دفع المبلغ المتفق عليه ،لانه تعويض •

- القاعدة الرابعة = اذا حدد مبلغ اجمالي لضمان حادث او اكثر وتقرر دفع هذا المبلغ ولو تحقق حادث واحد فقط ،فان هذا المبلغ المتفق عليه يعتبر غرامة •

وخلاصة القول ، يتبين لنا ان القانون الانجليزى لا يقبل فكرة العقوبة في التعويض عن الاخلال بالالتزام ويترتب على ذلك ان للمحاكم الحق في تخفيض التعويض المبالغ في تقديره حتى ولو لم تكن المبالغة كبيرة ،وذلك ليتفق مع حقيقة الضرر الذى وقع فعلا •

المطلب الثاني = الشرط الجزائي في القانون الامريكي •

سبق ان ذكرنا ان نظام القانون العام هو السارى في الولايات المتحدة الامريكية اذ قام الاستعمار الانجليزى بنقل هذا النظام القانوني الى العالم الجديد في القرن السابع والثامن عشر ،وبعد ثورة الاستقلال الامريكية • ظهرت عوامل ساعدتها على الاخذ بالقانون الانجليزى واتباع نظام القانون العام • وتتمثل هذه العوامل في وحدة اللغة وتقارب الظروف الاقتصادية ووفرة القوانين والاحكام الانجليزية •

وقد نصت بعض الولايات الامريكية بكل صراحة في قوانينها على تبني نظام القانون العام • وما تجدر الاشارة اليه ،انه اذا كان القانون الانجليزى هو مصدر قوانين الولايات المتحدة ،هذا لا يعني انه يوجد

•/•

نظام قانوني موحد مطبق في كافة الولايات الامريكية بل ان لكل ولاية الحق في حدود الدستور الفدرالي في اصدار القوانين الملائمة بها .

ويمكن القول بصفة عامة ان الانظمة القانونية السائدة في كل الولايات المتحدة ،اقرب الى التشابه في روحها ونتائجها . والى جانب هذه القوانين المحلية ،فقد قامت في الولايات المتحدة الامريكية في اواخر القرن الماضي حركة ترمي الى توحيد القوانين التي تتصل بالمعاملات التجارية (1) فظهرت هيئة معروفة باسم the national conference of commissens ،وتتكون هذه الهيئة من مندوبين عن كل ولاية ،وقامت بوضع نصوص موحدة لمشروعات قوانين . وظهرت هيئة اخرى تعرف باسم Tre American law Institut ،وتتكون هذه الهيئة من مشاهير رجال القضاء والقانون والمحامين وتضع هذه الهيئة قواعد قانونية موحدة ،ولكن ليست في شكل مشروعات قوانين بل هي عبارة عن مبادئ قانونية تسمى باسم " The Restetement of law

واخيرا قد تمكنت هاتان الهيئتان من وضع مشروع موحد للقانون التجاري ،فظهرت اول نسخة منه سنة 1852 ،ونظم احكام كافة المعاملات التجارية ،وتمت الموافقة عليه سنة 1906 ،وطبق في اكثر من 30 ولاية .

وعلى ضوء هذا التمهيد يمكن دراسة موضوع الشرط الجزائي في القانون الامريكي طبقا لمصدرين قانونيين مستقلين هما القانون العام والقانون التجاري الموحد .

اولا ـ الشرط الجزائي حسب قواعد القانون العام .

تنص المادة 339 من مجموعة مبادئ قانون العقود على ما يلي "لا تتقيد

---

(1) راجع= احمد عبد الفتاح الشلقاني ،المرجع السابق ـ ص560 وما بعدها .

./.

المحكمة باتفاق الطرفين في تقدير التعويض ما عدا الحالات الاتية =

- اذا كان المقدار المتفق عليه معقولا ، ويعد تعويضا عادلا للضرر الذي حدث بسبب الاخلال بتنفيذ الالتزام •

- اذا كان الضرر الذي حدث بسبب الاخلال بتنفيذ الالتزام ، يصعب جدا تحديده تحديدا دقيقا (1) •

يستخلص من هذا النص ان القانون الامريكي ميز بين التعويض الاتفاقي والغرامة فاجاز الاول وحرم الثاني • وقد حدد القضاء الامريكي ثلاثة شروط لاعتبار الشرط الجزائي تعويضا وليس غرامة • وهذه الشروط تتمثل في الاتي (2) •

- الشرط الاول = يجب ان يكون طرفا العقد في وضعية ، يصعب عليهما فيها تقدير الضرر الناجم عن عدم تنفيذ العقد بدقة •

- الشرط الثاني = يجب ان تتجه نية الاطراف الى تقدير التعويض وليس تقرير العقوبة •

- الشرط الثالث = يجب ان يكون المبلغ المشترط معقولا بالنسبة للضرر المحتمل وقوعه •

---

(1) وهو بالصياغة التالية " An agreement made in advance of breach fixing the damages the refor, is not enforceable as a contract and does not AFFECT the damages recoverable for the breach, unless.
a) the amount so fixed is a reasonable forecust of just compensation for the harm that is caused by the breach, and.
b) the harm that is caused by the breach is one that is incapable or very difficult of accurate estimation"

واشار الى هذا النص القانوني Bernard Honatiou: La clause pénale en droit Americain محاضرة غير منشورة •

(2) راجع بيرنار هوناتيو ، المرجع السابق •

والسبب الذى ادى بالقضاء الامريكي الى التمييز بين الشرط الجزائي والغرامة يجب البحث عنه في تاريخ تطور القانون الانجليزى حيث بمرور القرون تطورت قاعدة من قواعد العدالة • ومقتضاها ان الجزاءات العقدية باطلة • وتستند هذه القاعدة الى اعتبارات العدالة وقد اخذت محاكم الكومنلو بهذه القاعدة •

ويتبين من القضايا التي فصل فيها القضاء الامريكي بخصوص مسألة التعويض الاتفاقي انه يركز على الشرط الثالث المتمثل في ان يكون المبلغ المتفق عليه معقولا ، ولتحديد الطابع المعقول تنظر المحاكم اذا كان الشرط يمثل محاولة نزيهة في تحديد التعويض وقد قررت القواعد التالية (1) =

ـ القاعدة الاولى = لا يشترط ان يكون التعويض مبلغا جزافيا ، بل يمكن تقديره ، طبقا لعناصر مختلفة مثل اهمية عدم التنفيذ الذى يولد الحق في التعويض •

ـ القاعدة الثانية = انه يجب تقدير الشرط المعقول وقت ابرام العقد ، وليس وقت عدم تنفيذه واذا لم يترتب على عدم التنفيذ اى ضرر ، فلا يستحق التعويض • وهذا ما جاء في قضية Norwalk Door closer Co.V.Eaglelock and screwco (2) •

وتتلخص وقائع القضية فيما يلي = التزمت شركة Eaglo بمقتضى عقد لصنع اقفال الابواب لشركة Norwalk وذلك لمدة سبعة سنوات • وتضمن العقد نصا يقضي انه في حالة توقف الشركة الاولى عن نشاطها يمكن للشركة الثانية ان تعتبر التوقف كعدم تنفيذ للعقد ، ولها ان تطالب بمبلغ 100 الف دولار على سبيل التعويض • وبعد مرور اربع سنوات اندمجت

---

(1)(2) راجع بيرنار هو ناتيو ، المرجع السابق •

• / •

شركة Eagle في شركة اخرى التي كونت على الفور فرعا سمته Eaglelock . واستقرت في محلات الشركة المندمجة واحتفظت بنفس العمال وواصلت صنع الاقفال المتفق عليها لشركة Norwalk غير ان هذه الاخيرة قد رفعت دعوى مطالبة الشركة المندمجة بمبلغ 100 الف دولار على اساس انها توقفت عن تنفيذ التزاماتها • فرفضت المحكمة هذا الطلب بحجة انه لم يقع اى ضرر للشركة المدعية •

ـ القاعدة الثالثة = اذا كان الضرر المترتب على عدم التنفيذ يسهل تحديده وقت ابرام العقد فلا تأخذ المحكمة بعين الاعتبار التعويض الذى يتفق عليه الاطراف اذا كان غير مناسب مع الضرر الذى حصل فعلا • وهذا ما جاء في قضية (1) Pemboke V. candil التي تلخص وقائعها فيما يلي = لقد اشترى المدعى عليه ارضا بمبلغ 6550 دولار ،وتضمن العقد انه على المشترى ان يدفع قسطا كتسبيق للثمن ،وانه في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته المترتبة عن العقد ، يحتفظ البائع بهذا القسط • فرفض المشترى دفع القسط على سبيل التعويض،فقضت المحكمة بأن الضرر الذى اصاب البائع كان يمكن تحديده بسهولة • واعتبرت ان الشرط الذى قضى باحتفاظ البائع بالقسط على سبيل التعويض يعتبر عقوبة ،فلهذا يعتبر الشرط باطلا •

ثانيا ــ الشرط الجزائي في القانون التجاري الموحد =

تنص الفقرة الثانية من المادة 718 من القانون التجارى الموحد على ما يلي = يجوز الاتفاق في العقد على تعويض عن الاخلال ،ولكن يجب ان يكون هذا التقدير معقولا مع الاخذ بعين الاعتبار =

ـ الضرر المتوقع او الفعلي الذى يترتب عن الاخلال بالالتزام •

---

(1) اشار اليه بيرنار هوناتيو،المرجع السابق •

•/•

- وصعوبة الحصول على تعويض ملائم لجبر الضرر بدون هذه الوسيلة •

ويبطل باعتباره غرامة الشرط الذى ينص على تعويض اتفاقي كبير ومغالي فيه " (1) •

والى جانب هذا النص هناك نص اخر تطبقه المحاكم الامريكية وهو نص الفقرة الثانية من المادة 302 من نفس القانون التي قضت فيه بأنه = "اذا وجدت المحكمة ان شرطا في العقد غير معقول ، جاز لها ان لا تأخذ به ، او تحدد نطاق تطبيق هذا الشرط لتجنب النتيجة غير المعقولة •

واذا وجدت المحكمة ان الشرط غير معقول وجب على الاطراف ان يثبتوا بأن وجوده في العقد ضرورى تقتضيه الضرورة التجارية وذلك لمساعدة المحكمة على تحديد طبيعة هذا الشرط " (2) •

---

(1) اشار الى هذا النص احمد عبد الفتاح الشلقاني ، المرجع السابق - ص 640 ، هامش 1 ، وصيغته كما يلي = "Damages for breach by either party may be liquated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light anticipated or actual harms caused by the breach, the difficultis of proof of loss, and the inconvenience or non- feasibility of otherwise obtaining adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty"

(2) اشار الى هذا النص بيرنار هوناتيو ، المرجع السابق • وصيغته كما يلي: " If the court: as a matter forlaw finds the contrat or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may en force the remainder of the contract with out the un conscionable clause or it may so limi the application of any un conscionable clause as to avoid any clause un concionable result

2- When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause there of may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonble apportinity to present evidence as to it's commercial setting, parpose and affect to aid the court in making the determination".

وكانت محاكم العدالة تعتبر الشرط غير معقول اذا كان الشخص العادى الذى يكون في نفس الظروف التي كان فيها المتعاقد ان لا يضع مثل هذا الشرط (1) ٠

فمن خلال النصوص التي كان يستند اليها القضاء الامريكي للحكم بالتعويض الاتفاقي ، نلاحظ انه يعتمد بالطابع المعقول والمناسب لهذا التعويض الاتفاقي ٠ وفي هذا الصدد هناك ثلاثة قضايا جديرة بالاشارة اليها =

ـ القضية الاولي = Pasquale food co, international airmotive وتتلخص وقائعها فيما يلي = في عقد بيع طائرة اتفق الطرفان على احتفاظ البائع بمبلغ 10 الاف دولار الذى يدفعه المشترى في حالة رفضه استلام الطائرة ، التي قدر ثمنها بمبلغ 75 الف دولار٠ وعند انجاز الطائرة ، رفض المشترى ان يستلمها ، كما رفض دفع التعويض ، فثار نزاع بينهما ، وعرضت على القضية على المحكمة التي قضت بصحة هذا الشرط اذ قررت انه معقول وذلك بالنظر الى طبيعة العقد وطبيعة الشيء المبيع وتبينت المحكمة ان البائع اضطر الى بيع الطائرة بثمن اقل وذلك حتى لا تتكدس عنده البضاعة كما اضافت انه كان يستحيل عند ابرام العقد تحديد مقدار الضرر الذى يصيب البائع (2) ٠

ـ القضية الثانية Nu dimensions figure salons. V.Becene

ويدور النزاع فيها حول صحة شرط متضمن في عقد مطبوع ، بمقتضاه يحتفظ البائع بكل الثمن المتفق عليه ، اذا لم يحضر المشترى كل الجلسات

---

(1) راجع في ذلك بيرنار هوناتيو ، المرجع السابق والذى قال ما يلي= "is so unconscionable= as no man in his senses and not under delusion would make on the hand and as no honest and fair man would accept on the other"

(2) اشار اليها بيرنار هوناتيو ، المرجع السابق ٠

٠/٠

المخصصة لحملة دعاية تخفيض الاسعار (Solde) • فقضت المحكمة ان مثل هذا الشرط يعتبر غرامة لانه غير معقول ولا يمثل الضرر الذى قد يصيب البائع بسبب عدم تنفيذ العقد • كما اضافت ان الشرط الذى يقضي بالاحتفاظ بالثمن كله حتى ولو لم يلحق الدائن اى ضرر، يعتبر غير معقول ،لهذا لا يمكن قبوله • (1)

<u>القضية الثالثة</u> = :Lee oldsmobile, inc.V. Kaiden

وتتلخص وقائعها فيما يلي = ثار نزاع حول شرط متضمن في عقد بيع سيارة ، بمقتضاه يحتفظ البائع بجزء من الثمن ، مقداره 500 دولار التي دفعها المشترى اذا رفض هذا الاخير تسلم السيارة وبالفعل رفض المشترى تسلمها • ورفعت القضية امام المحكمة فقضت بأن الضرر الذى اصاب البائع كان بامكان تحديده وقت ابرام العقد ،حيث رات ان مقداره هو الفرق بين الثمن المتفق عليه وثمن بيع السيارة لشخص اخر زائد بعض المصاريف التي يتحملها البائع مثل (2) نفقة النقل وغيرها • لهذا رفضت الحكم بصحة الشرط وقضت التعويض بنفسها • وفي هذه القضية الاخيرة ، نلاحظ بأن القضاء الامريكي قد حدد الطابع المعقول للشرط الجزائي بالاستناد الى الضرر المتوقع يوم ابرام العقد ،والضرر الفعلي المترتب على عدم تنفيذ الالتزام •

وقد تعرض القضاء الامريكي لمسألة اخرى في مجال الشرط الجزائي، وهي هل يمكن للمضرور ان يطالب بالتعويض الاتفاقي او يمكنه المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام اذا كان ما زال ممكنا ؟

للاجابة على هذا السوءال ،نشير الى قضية Cardinas cotton growers association inc. V.Arnette. وتتلخص وقائعها في ان= المدعي اتفق مع المدعي عليهم

---

(1) اشار اليها بيرنار هوناتيو ،المرجع السابق •

(2) راجع كذلك بيرنار هوناتيو ،المرجع السابق •

./.

على شراء حصيلة قطن ، واتفقوا على ثمن البيع ، كما ضمنوا هذا الاتفاق شرطا يقضي انه في حالة اخلال المدعى عليهم بالتزاماتهم يدفعون مبلغ 25 دولار على كل وحدة من القطن وذلك على سبيل التعويض •

وبين مرحلة ابرام العقد وتنفيذه ، ارتفع سعر القطن في السوق فرفض المدعى عليهم تنفيذ الاتفاق وارادوا بيع القطن حسب السعر الجديد • طرحت القضية امام القضاء ، وطالب المدعي بالتنفيذ العيني لهذا العقد طالما ما زال ممكنا فاستجابت المحكمة لهذا الطلب وذلك بالرغم من وجود شرط جزائي • واستندت في ذلك الى نص المادة 719 من القانون التجاري الموحد (1) •

وخلاصة القول ، يتبين لنا من العرض السابق لاحكام الشرط الجزائي في القانون الانجلوامريكي انه يوجد توافق كبير بين القانون الامريكي والقانون الانجليزي اذ لاحظنا ان القانون الامريكي ميز بين التعويض الاتفاقي والغرامة • وتبني في هذا التمييز نفس القواعد التي يأخذ بها القانون الانجليزي ويرجع هذا لتأثير القانون الاول بالقانون الثاني •

اما النتيجة التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة فهي ان دول القانون العام قد اخضعت الشرط الجزائي للرقابة القضائية ولكن هذه الاخيرة تتوقف على التكييف الذي يعطيه القاضي لهذا الشرط •

وبهذا نأتي على نهاية دراسة احكام الشرط الجزائي في كل من الشريعة اللاتينية والكومنلو ، وحتى تكون دراستنا المقارنة متكاملة يجدر بنا بحث الموضوع ايضا في القوانين الاشتراكية وهذا ما نتناوله بالدراسة في المبحث التالي =

---

(1) اشار الى هذه القضية ، بيرنار هوناتيو ، المرجع السابق •

• / •

المبحث الثالث

في الشرط الجزائي في بعض قوانين الدول الاشتراكية

تمهيد =

نتناول في هذا المبحث احكام الشرط الجزائي في بعض قوانين الدول الاشتراكية المتمثلة في القانون الروسي والقانون البولوني وقانون رومانيا •

وما تجدر الاشارة اليه انه طرأت بعض التعديلات في القانونين المدني الروسي والبولوني (1) وقد شمل التعديل احكام الشرط الجزائي - وهذا تحت تأثير الحياة العصرية ومتطلباتها - وبموجب هذا التعديل تبنى القانونان الروسي والبولوني - اتجاها مغايرا لاتجاه قانون رومانيا لذا من المفيد البحث عن الكيفية التي تمت بها معالجة الشرط الجزائي في هذه القوانين •

غير ان هذه البلدان الاشتراكية بحكم الايدولوجية التي يقوم عليها نظامها الاقتصادي ، تعرف الى جانب العقود المدنية العادية نوعا اخرا من العقود تسمى بالعقود الاقتصادية ، ويختلف دور الشرط الجزائي في هذه العقود عنه في العقود المدنية العادية ، وعلى ضوء هذا نتناول على التوالي =

اولا - الشرط الجزائي في العقود المدنية •

ثانيا - الشرط الجزائي في العقود الاقتصادية •

---

(1) لقد صدر كل من القانون المدني الروسي والبولوني الجديد في سنة 1964 •

أولا ـ الشـرط الجـزائـــي في العقـود المدنيـة =

يتبيـــن مـن القـوانيـــن المدنيـــة لكـل مـن روسيـا وبولونيـا وروما نيـــا ان هنـــاك اتجاهيــــن يحكمان العقـــود المـدنيـــة التـــي تـتم بيــــن الافـــراد او بيـــن الافـــراد والمنظمـــات الاشتـراكيـــة وهمـا =

1 ـ الاتجـاه الاول = مبـدأ ثبـات الشـرط الجـزائـي ٠

يعتبـــر القـانـون المدنـي لـرومـانيـا الشـرط الجـزائـي تقـديـرا جـزافيـا للتعـويـض لا يجـوز للقـاضـي ان يعـدل مـن قيمتـه لا بـزيـادتـه ولا بانتقـاصـه وهـذا مـا اكدتـه المـادة 1087 من التقنيـن المدنـي بنصهـا عـلى مبـدأ ثبات الشرط الجـزائـي (1) ٠

2 ـ الاتجـاه الثاني = امكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي ٠

عـلى عكس القانون المدني لرومانيا اعترف المشـرع البولونـي للقاضـي بسلطـة التدخـل لتعديـل قيمـة الشـرط الجزائـي ،غيـر ان هـذه السلطـة محـدودة اذ للقاضـي ان يخفض الشـرط الجزائـي دون الزيـادة فيه ،وهذا ما قضـت بـه المـادة 484 من التقنين المدنـي البولونـي حيث نصـت عـلى انـه يجوز للقاضـي ان يخفـض الشـرط الجـزائـي اذا كان مبالغا فيـه ،ولا يجـوز طلب الزيادة الا اذا قضـى الاتفاق بذلك ٠

ويـلاحـظ ان المشـرع البولونـي قد تـرك الحريـة لاطـراف الالتـزام فـي الاتفـاق عـلى زيـادة الشـرط الجـزائـي ،وفـي هـذه الحـالـة وجـب عـلى القـاضـي احترام الاتفـاق وزيـادة الشـرط الجـزائـي ٠

---

(1) راجع = René Sanelevici: La clause pénale dans le droit des pays sociali--ste, Revue internationale du droit comparé.1981 N° 2, page 675 - 676.

حيث يرى = ان المـادة 1087 من التقنيـن المدنـي لرومانيـا تطابـق نـص الفقـرة الاولـى من المـادة 1152 مدني فرنسي ٠

./.

اما المشرع الروسي قد نظم احكام الشرط الجزائي في التقنين المدني الجديد في خمسة مواد وهي 187، 188، 189، 190، 191 (1) .

وقد عرفت الفقرة الاولى من المادة 187 الشرط الجزائي انه مبلغ من النقود يحدده القانون او الاتفاق يدفعه المدين للدائن في حالة عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب للالتزام وخاصة في حالة التأخير في التنفيذ (2) .

ويستخلص من هذا التعريف ان الشرط الجزائي وسيلة لضمان تنفيذ الالتزام او التأخير في ذلك وقد اشترط المشرع الروسي ان يكون المدين مسؤولا عن عدم التنفيذ او التأخير فيه لاستحقاق الشرط الجزائي وهذا ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة 187، حيث نصت على ما يلي " لا يجوز للدائن طلب الجزاء اذا لم يكن المدين مسؤولا عن عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب " .

ويتميز الشرط الجزائي في القانون المدني الروسي بخاصيتين رئيسيتين هما =

أ) <u>انه ذو طابع عقابي</u> = لان المشرع الروسي قد الزم المدين بتنفيذ التزامه عينا بالرغم من دفعه الجزاء المقرر لعدم التنفيذ والمادة 191 صريحة في ذلك حيث تنص على ما يلي " يلتزم المدين الذى يدفع الجزاء المالي بتنفيذ التزامه عينا ، ان دفع الجزاء المقرر للتأخير

---

(1) ما تجدر الاشارة اليه ان المشرع الروسي لم يستعمل اصطلاح الشرط الجزائي بل استعمل اصطلاح الجزاء المالي .

(2) تنص المادة 187 / 1 على ما يلي = " La peine pecuniaire(amende, astreinte) est une somme d'argent fixée par la loi ou le contrat, que le débiteur doit payer au créancier en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de l'obligation - spécialement en cas de retard dans l'exécution"

./.

او الاخلال بالالتزام لا يعفي المدين من تنفيذ التزامه عينا " (1) •

ويرى الاستاذ جان تلماني ان القانون الروسي يتجه الى التشديد مع المدين ومن هنا يبرز بكل وضوح الطابع العقابي للشرط الجزائي(2)•

ب) انه التزام تابع = ويترتب على ذلك ان الشرط الجزائي يتبع الالتزام الاصلي "ومتى كان هذا الاخير باطلا بطل الشرط الجزائي ايضا وهذا ما يفهم من الفقرة الثانية من المادة 187 التي نصت على ما يلي " لا يضمن الجزاء المالي الا الاتفاق الصحيح " •

فيستخلص من هذا النص انه اذا كان الالتزام الاصلي باطلا ، بطل معه الجزاء •

اما فيما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي = فقد نظمها المشرع الروسي في المادتين 189 و 190 اللتين يستخلص منهما انه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي او زيادته فبالنسبة لتخفيض الشرط الجزائي تنص الفقرة الاولى من المادة 190 على ما يلي " اذا كان الجزاء المالي الواجب الدفع مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذى اصابه الدائن يجوز للمحكمة ان تخفض الجزاء ، وفي هذا الصدد يجب الاخذ في الاعتبار درجة تنفيذ الالتزام من طرف المدين والوضعية المالية لاطراف الالتزام وكل مصلحة للدائن جديرة بالمراعاة وليست المصلحة المادية فقط "(3) •

---

(1) تنص المادة 191 على ما يلي = " Du devoir du debiteur qui paie la peine pécuniaire, d'xécuteR l'obligation en nature.
Le paiement d'une peine pécuniaire fixée pour le cas d'un retard ou d'un autre manquement dans l'exécution de l'obligation, ou de reparation du dommage causé par une mauvaise exécution ne dispense nulement le débiteur d'exécuter l'obligation en nature".

(2) راجع = جان تلماني ، المرجع السابق - ص52 •

(3) تنص المادة 190 / 1 على ما يلي = " Si la peine pécuniaire à payer est demesu--rement grande comparée au dommage que subit le créancier.Le tribunal peut dimunier la peine.
A cet égard, il faut tenu compte du degré d'éxécution de l'obligation par le débuteur de la situation patrimoniale des citouens, parties à l'obligation, et non seulement de l'intérêt materiel, mais aussi de tout autre intérêt du créancier, meritant consideration".

وبموجب هذا النص يتحدد نطاق تدخل القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة واحدة وهي المبالغة في تقدير الجزاء .

وما يمكن ملاحظته على نص المادة 190 مدني ان المشرع الروسي لم يبين طريقة التخفيض وحدودها وانما ترك هذه المسألة للقاضي مكتفيا بتحديد بعض العناصر التي يجب على القاضي ان يراعيها عند تخفيض الجزاء مثل الوضعية المالية للطرفين ومصلحة الدائن هذا من جهة ، ومن جهة اخرى جعل المشرع سلطة القاضي في التدخل جوازية اذ المادة 190 صريحة في ذلك حيث تقول " يجوز للمحكمة " ومعنى ذلك يمكن للقاضي رفض التدخل .

ونحن بصدد الكلام عن تخفيض الشرط الجزائي نتساءل عن حكم هذا الاخير في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ؟

لم يتناول المشرع الروسي حكم الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي ، بل تكلم عن الشرط الجزائي المبالغ فيه . ولكن في نظرنا ان التنفيذ الجزئي للالتزام لا يؤدى الى تخفيض الشرط الجزائي الذى قد يصبح مبالغا فيه وعلة ذلك ان التنفيذ الجزئي في نظر المشرع الروسي هو بمثابة تنفيذ معيب للالتزام (1) ، ونستند في قولنا هذا الى ان المشرع الروسي لا يشجع المدين على التهاون في عدم تنفيذ التزامه كاملا بقدر ما يتشدد معه لاجباره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وكاملا .

وعلى هذا الاساس نعتقد ان الشرط الجزائي المبالغ فيه يشمل حالة مبالغة الاطراف في تقدير الجزاء ولا يشمل حالة التنفيذ الجزئي .

---

(1) يعتبر المشرع الروسي التاخير في تنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا _ المادة 187 مدني فمن باب اولى يعتبر التنفيذ الجزئي للالتزام تنفيذا معيبا .

./.

اما بالنسبة لزيادة الشرط الجزائي ،لم ينص المشرع الروسي صراحة على زيادة الشرط الجزائي كما فعل في حالة تخفيضه ولكن يستخلص ذلك من روح نص المادة 189 مدني التي تنص على ما يلي "اذا حدد جزاء مالي لعدم التنفيذ او التنفيذ المعيب للالتزام يعوض الضرر الذى لم يغطيه الجزاء (1) " .

طبقا لهذا النص يجوز للدائن ان يطلب بتعويض بالاضافة الى مبلغ الشرط الجزائي وهذا في الحالة التي لا يكون الجزاء المتفق عليه كافيا لتعويض الضرر الذى وقع ،وبعبارة اخرى وجود الشرط الجزائي لا يمنع من التدخل لتقدير الضرر والزيادة في التعويض المقرر له ،وفي هذه الحالة يتعين على الدائن ان يثبت الضرر ومقداره .

ويرى الفقه ان المادة 189 مدني قاعدة مكملة يمكن للاطراف مخالفتها ،ومعنى ذلك انه يجوز للطرفين ان يتفقا على عدم جواز طلب تعويض اضافي مهما كان مقدار الضرر (2) .

وهكذا نستخلص من دراستنا لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ان المشرع الروسي قد سمح بتخفيض الشرط الجزائي او زيادته .

وخلاصة القول ،من خلال دراستنا للشرط الجزائي في التقنينات المدنية الاشتراكية يتبين لنا انه يوجد اتجاهان يحكمان الشرط الجزائي في العقود المدنية ،ويتمثل الاتجاه الاول في مبدأ ثبات الشرط الجزائي والذى تبناه القانون المدني لرومانيا الاشتراكية

---

(1) تنص المادة 189 من القانون المدني الروسي على ما يلي " Si une peine pecuniaire fut fixée pour l'inexecution ou la mauvaise exécution de l'obligation le dommage est reparé pour la partie que la peine ne couvre pas".

(2) راجع= ريني سلفينيك ،المرجع السابق ــ 676 .

./.

اما الاتجاه الثاني - وهو السائد في معظم التقنينات الاخرى - (1) يتمثل في الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي • واذا قارنا موقف التقنينات المدنية الاشتراكية في تنظيم الشرط الجزائي (2) نلاحظ ان هناك اتجاها واحدا ويتمثل في مبدأ ثبات الشرط الجزائي والاعتراف للقاضي بسلطة مراقبة الشرط الجزائي •

ثانيا - الشرط الجزائي في العقود الاقتصادية •

فضلا عن العقود المدنية العادية تعرف الدول الاشتراكية نوعا اخر من العقود الا وهي العقود الاقتصادية ، وتعرف بأنها عقود معاوضة تتم بين المنظمات الاشتراكية ومحلها تسليم او انجاز اعمال ، وذلك قصد تنفيذ المخطط العام (3) •

وتنقسم العقود الاقتصادية الى نوعين =

- النوع الاول = ويسمى بالعقد المخطط Contrat planifié ويتم هذا العقد بين منظمتين اشتراكيتين او اكثر لتحقيق البرامج التي يحددها لها المخطط العام •

---

(1) تنص المادة 194 من القانون المدني التشكسلوفاكي على ما يلي = " Compte tenu de la valeur et de l'importance de l'objet de l'obligation, le tribunal a la faculté de réduire jusqu'à concurrence du dommage effectivement causé une peine conventionnelle demesurement elevée "

وفي نفس الاتجاه تنص المادة 304 من التقنين المدني لالمانيا الديمقراطية على ما يلي = " Si une amende convenue est disproportionnellement elevée par rapport au dommage suvenu, le debiteur est en droit de demander sa reduction à un montant raisonable "

(2) راجع = الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي والانجليزي والقوانين الاخرى التي اشرنا اليها في المبحث الاول والثاني من هذا الفصل •

(3) راجع = Trajan innasco: Les contrats économiques en droit socialiste, Revue internationale du droit comparé, I565 .P.888.

./.

النوع الثاني = يسمى بالعقد المنظم Contrat reglementé ويستعمل هذا العقد من قبل كل منظمة اشتراكية تكون طرفا في المخطط العام وذلك لانجاز البرامج المكلفة بها (1) •

ومما تجدر الاشارة اليه ان هذه العقود الاقتصادية سواء كانت مخططة او منظمة فهي دائما مرتبطة بالمخطط الاقتصادى العام الذى يجب تحقيقه وبهذا فان وظائف واثار هذه العقود تتحدد على ضوء هذا المخطط وفي هذا الصدد يقول الاستاذ Legall " ان ضرورة العقد في النظام الاقتصادى هي التي تعطيه قوته الالزامية " (2) •

وباعتبار ان العقود الاقتصادية هي اداة لتحقيق المخطط الاقتصادى فقد دعمها المشرع الاشتراكي بوسائل قانونية تضمن تنفيذها تنفيذا عينيا وكليا ومن بين هذه الوسائل ، الشرط الجزائي الذى يتميز ببعض الخصائص وذلك فيما يتعلق بكيفية وضعه وتنفيذه •

- فمن حيث وضعه

يتميز الشرط الجزائي في العقود الاقتصادية بالطابع الالزامي ويقصد بهذا انه يجب ان تتضمن هذه العقود شرطا جزائيا لضمان تنفيذها ، والقانون هو الذى يحدد نسبة الغرامة المستحقة عند الاخلال بالعقد ، وعلى سبيل المثال في رومانيا ، حدد قانون العقود الاقتصادية الصادر في 1969 برقم 69/71 (3) ، الحد الادنى للغرامة التي يجب ان يتضمنها العقد (4) ولا يمكن للاطراف الاتفاق على نسبة تقل عن تلك التي حددها القانون •

---

(1) هناك برامج اقتصادية تشترك في انجازها منظمتان او اكثر وهناك برامج تتكفل بها منظمة اشتراكية واحدة •

(2) اشار اليه ترجمان ادناسكو ، المرجع السابق - ص 533 •

(3) اشار الى هذا القانون ريني سلفينيك ، المرجع السابق - ص 677 •

(4) ونفس الاتجاه موجود في القانون الاقتصادى التشيكسلوفاكي وقانون العقود الاقتصادية لالمانيا الديمقراطية •

•/•

- اما من حيث استحقاقه او تنفيذه =

ذكرنا سابقا ان العقود الاقتصادية مرتبطة اشد الارتباط للمخطط الاقتصادى - باعتبارها اداة لتحقيقه - لذلك فالمشرع حريص على تنفيذها تنفيذا عينيا ، لهذا يلعب الشرط الجزائي دورا تهديديا في هذه العقود ويتجلى هذا الدور التهديدى في استحقاق الدائن الجزاء بمجرد الاخلال بالعقد ودون حاجة ان يثبت الضرر ولا مقداره •

كما اجازت القوانين الاشتراكية للدائن ان يجمع بين الشرط الجزائي والتعويض الاضافي الذى تحكم به المحكمة في حالة تجاوز الضرر مقدار الشرط الجزائي ، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من قانون العقود الاقتصادية لرومانيا (1) والمادة 147 من القانون الاقتصادى التشكلوفاكي (2) والمادة 106 من قانون العقود الاقتصادية لالمانيا الديمقراطية (3) •

واخيرا يتميز الشرط الجزائي في العقود الاقتصادية بنوع من الثبات بحيث لا يجوز تخفيضه كقاعدة عامة ، فقانون العقود الاقتصادية لرومانيا لا يسمح لهيئة تحكيم الدولة تخفيض الشرط الجزائي ويؤيد الفقه هذا الموقف مبررا ذلك ان جواز تخفيض الشرط الجزائي في هذا النوع من العقود قد يقلل من قيمة هذه الوسيلة القانونية مما يدفع المدينون الى التهاون في تنفيذ هذه العقود (4) •

اما بعض التشريعات الاخرى تسمح لهيئة تحكيم الدولة تخفيض الشرط الجزائي على سبيل الاستثناء وهذا ما تنص عليه الفقرة

---

(1)(2)(3) اشار الى هذه القوانين ريني سلفينيك ، المرجع السابق - ص 678 •
(4) راجع - ريني سلفينك ، المرجع السابق - ص 677 •

• / •

الثانيـة مـن المـادة 190 مـن القـانـون المدنـي الروسـي بقـولهـا " يجـوز لهيئـة تحكيم الـدولـة او المحكم الخـاص ان يخفـض الجزاء المستحـق لمنظمـة اشتراكيـة ،وفـي هـذا الصـدد يجـب الاخـذ فـي الاعتبـار المصالـح الجـديـرة بالمـراعـاة لكـل مـن الـدائـن والمديـن " (1) .

وكـذلـك تنص المادة 107 مـن قـانـون العقـود الاقتصـاديـة لالمانيـا الـديمقـراطيـة علـى مـا يلـي " يجـوز تخفيـض الغـرامـات والتعـويضـات فـي احـوال استثنـائيـة ويـأخـذ فـي الاعتبـار ظـروف كـل حـالـة ،وعلـى هيئـة التحكـيم ان تسبـب قـرارهـا " (2) .

وبهـذا نـأتـي علـى نهـايـة دراسـة الشـرط الجـزائـي فـي العقـود الاقتصـاديـة والتـي نستخلـص منهـا ان التنظـيم القـانونـي للشـرط الجـزائـي فـي هـذه العقـود يختلـف عـن تنظيمـه فـي العقـود المدنيـة فـالاول منـاطـه القـانـون امـا الثانـي فمنـاطـه ارادة الاطـراف .

وخـلاصـة القـول ،يتبيـن لنـا مـن خـلال دراستنـا لمختلـف القـوانيـن الاجنبيـة ان هنـاك اسـاسـا مشتـركـا ـ بيـن هـذه القـوانيـن ـ فـي مجـال الشـرط الجـزائـي متمثـلا فـي اعطـاء القاضـي سلطـة لمـراقبـة الشـرط الجـزائـي لحمـايـة المديـن مـن المبالغـة فـي تقـديـره ،غيـر ان مضمـون هـذه السلطـة يضيـق او يتسـع حسـب طبيعـة النظـام السيـاسـي للـدولـة . وقـد تـأثـر القـانـون المدنـي الجـزائـرى عنـد وضعـه بالقانون المقارن . وسنبين حدود هذا التأثـر ومـداه في الفصـل الثاني مـن هـذا الباب .

---

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة190 من القانون المدني على ما يلي " L'arbitrage d'etat ou l'arbitrage privé peuvent dans des cas exćeptionnels, et en tenant compte des intérêts du débiteur et du créancier, meritant considération diminuer la peine due à une organisation socialiste "

(2) تنص المادة 107 من قانون العقود الاقتصادية لالمانيا الديمقراطية على ما يلي " " Les pénalités et les dommages intérêts peuvent être réduits dans des cas excéptionnels, tenant compte des circonstances de l'éspèce, l'organe de l'arbitrage doit motiver sa solution".

./.

الفصل الثاني

في الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري

تمهيد =

ظل القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مطبقا في الجزائر كقانون وضعي الى ان صدر التقنين المدني الجزائري في سنة 1975، وقبل صدور هذا الاخير كان القاضي يمارس سلطته في مجال الشرط الجزائي - في ظل مبدأ ثبات هذا الشرط - على النحو الذي كانت عليه سلطة القاضي الفرنسي قبل قانون 9 يوليو 1975.

وفي التقنين المدني هجر المشرع الجزائري الاتجاه القديم واخضع الشرط الجزائي باعتباره تعويضا للرقابة القضائية مسايرا في ذلك القوانين العربية (1) فضلا عن القوانين الاجنبية السابق دراستها، وان كان تنظيم المشرع الجزائري للرقابة القضائية على الشرط الجزائي يختلف نوعا ما عن تنظيم تلك القوانين (2) لهذه الرقابة.

وبناء على ذلك، راينا ان نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث وهي =

- المبحث الاول - انواع الرقابة القضائية وتبريرها.
- المبحث الثاني - نطاق الرقابة القضائية وخصائصها.
- المبحث الثالث - مقارنة موقف المشرع الجزائري بالقوانين الاجنبية.

---

(1) راجع= المادتين 224، 225 مدني مصري، والمادتين 225، 226 من القانون المدني السوري والفقرة الثانية والثالثة من المادة 170 من القانون المدني العراقي والمادتين 266، 267 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(2) نقصد القوانين الغربية والاشتراكية التي درسناها.

./.

المبحث الاول

في انواع الرقابة القضائية وتبريرها

لا تقتصر الرقابة القضائية على مبلغ الشرط الجزائي ،بل تشمل ايضا شرعيته وشروط تطبيقه • ولنا ان نتساءل ما هي الاسباب التي دفعت المشرع الى تقرير هذه الرقابة وعلى هذا الاساس نقسم هذا المبحث الى مطلبين =

- المطلب الاول = انواع الرقابة القضائية •
- المطلب الثاني = تبرير الرقابة القضائية •

المطلب الاول = في انواع الرقابة القضائية •

في هذا الصدد يمكن ان نميز بين ثلاثة انواع من الرقابة التي يمارسها القاضي الجزائرى على الشرط الجزائي ونتناول هذه الانواع تباعا •

- النوع الاول - الرقابة على شرعية الشرط الجزائي =

لقد منع المشرع في بعض الحالات الاستثنائية استعمال الشرط الجزائي ومثال ذلك قانون العمل والقانون البحرى •

1 - في قانون العمل =

نصت المادة 78 من قانون العمل على انه " لا يجوز في اى حال ان ينص في النظام الداخلي على غرامات " (1) •

(1) الصادر بالامر رقم 75 - 31 بتاريخ 29 ابريل 1975 ،المتعلقة بعلاقات العمل في القطاع الخاص المنشور بالجريدة الرسمية 1975 ،عدد 39 •

لقد الزم المشرع الجزائرى كل وحدة تستخدم 20 عاملا على الاقل ان تعد نظاما داخليا لها (1) •

ويعتبر النظام الداخلي من جملة الالتزامات التي يتعين على العامل احترامها ولهذا يجوز لرب العمل ان يضمن هذا النظام الداخلي بجزاءات مالية لكفالة احترامه •

ومن صور هذه الجزاءات الشرط الجزائي الذى يدفعه العامل عند اخلاله بهذا النظام • غير ان المشرع الجزائرى قد منع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذى يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل • والهدف من هذا التحريم يرجع الى ضمان الحد الادنى لراتب العامل وخاصة ان استقطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل الى الحد الادنى الذى يضمنه القانون (2) •

2 ــ <u>في القانون البحرى</u> =

نصت المادة 811 من القانون البحرى (3) على انه " يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط يكون هدفه او اثره المباشر اوغير المباشر ما يلي =

أ) ابعاد او تحديد مسؤولية الناقل الناجمة عن المواد 770و 773و780و802و804 من هذا الكتاب •

ب) تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذى حدد في المادة805 اعلاه ما عدا في حالة ما جاء في المادة 808 •

جـ) منع الناقل الاستفادة من التامين على البضائع " •

(1) راجع المادة76 من قانون العمل •
(2) راجع = زرتين رمضان ، المرجع السابق ــ ص47 ، هامش 1 •
(3) الصادر بالامر رقم 76ــ80 بتاريخ 1976/10/23 ، المنشور بالجريدة الرسمية 1977 ، عدد 29 •

يتبين من هذه المادة انه لا يجوز التحديد المسبق - بمبلغ مالي - لمسؤولية الناقل البحرى الناجمة عن افعاله المحددة في المواد السالفة الذكر، ويترتب على ذلك بطلان كل شرط جزائي يستعمل في هذا المجال، كما يبطل الشرط الجزائي الذى يقل مقداره عن المبلغ المحدد في المادة 805، وما تجدر الاشارة اليه ان المشرع - في هذه المادة - لم يحدد الحد الادنى للمبلغ الذى لا يجوز للاطراف الاتفاق على اقل منه بل احال الى اتفاقية بروكسال المبرمة في 1957/10/10، المتعلقة بتحديد مسؤولية ملاك السفن والتي اقرتها الجزائر. وقد حددت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية المبلغ(1) المنصوص عليه في المادة 805 بحرى جزائرى .

- النوع الثاني = الرقابة القضائية على شروط تطبيق الشرط الجزائي وتكييفه =

توصلنا في دراستنا للطبيعة القانونية للشرط الجزائي الى انه تعويض وعلى هذا الاساس يتعين توافر شروط التعويض وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما زيادة على الاعذار حتى يمكن الحكم به . وللقاضي سلطة واسعة في مراقبة قيام هذه الشروط حيث يتبين من الفقرة الاولى من المادة 184 مدني انه يستطيع الحكم بعدم استحقاق الشرط الجزائي اذا لم يتوفر ركن الضرر . وموقف القانون الجزائرى هنا ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة في المسؤولية العقدية التي تقضي بأن استحقاق الدائن للتعويض مرتبط بوقوع ضرر له، فاذا اثبت انعدام الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض .

وقد اشرنا في السابق ان المشرع الفرنسي وجانب من القضاء قد حرص على مبدأ سلطان الارادة، وهذا ما ادى به الى تقرير فاعلية الشرط

---

(1) راجع الاتفاقية بكاملها وخاصة المادة الثالثة منها في مؤلف Jean pierre quendec, les conventions internationales, p 69I et suite.

./.

الجزائري حتى ولو ثبت ان الدائن لم يلحقه اى ضرر • ومما لا شك فيه ان مسلك المشرع الفرنسي يتعارض مع فكرة المسوءولية العقدية ويهدم الاساس الذى يقوم عليه استحقاق التعويض فيها •

اما في الجزائر فان ارتباط التعويض بالضرر في الشرط الجزائي يكمن في ان المشرع الجزائرى لم يتحمس لمبدأ سلطان الارادة هذا من جهة ومن جهة اخرى اضفى على الشرط الجزائي طابع التعويض(1) •وهذا ما يفسر احالة المادة 183 مدني الى احكام التعويض بمقابل متى كان التعويض مصدره الاتفاق •

وهكذا نرى ان مسلك المشرع الجزائرى - في ربطه الشرط الجزائي بوقوع الضرر - يتماشى مع اساس المسوءولية العقدية ،وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام لا يجوز مخالفتها (2) • وبصفة عامة يعتبر الشرط الجزائي شرطا عقديا ومن ثم يملك القاضي سلطة التفسير التي له على كل شرط في مجال المسوءولية العقدية وعلى هذا الاساس يجوز له تقدير خطأ المدين وكذلك خطأ الدائن للتخفيف من مسوءولية المدين او اعفائه منها ،كما له ملاحظة ان اعذار المدين لم يتم • واخيرا فان القاضي لا يتقيد بالوصف الذى يعطيه الطرفان للشرط الجزائي بل عليه ان يستخلصه من الاتفاق والظروف الملابسة به والنية المشتركة للطرفين ،فمن المتصور ان يصف الطرفان شرطا بانه تعويض اتفاقي في حين ان حقيقته شرط لتحديد المسوءولية •

- <u>النوع الثالث</u> = <u>الرقابة القضائية على قيمة الشرط الجزائي</u> =

طبقا للمادة 184 مدني يسمح المشرع للقاضي ان يعدل من قيمة التعويض

---

(1) راجع= الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وموقف القانون الجزائرى من ذلك - ص 91 .
(2) تعتبر المادة 184 مدني قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها •

•/•

الذى اتفق عليه الطرفان • ونتناول هذا تفصيلا في المبحث الثاني من هذا الفصل •

++++

المطلب الثاني

تبرير الرقابة القضائية

لا تحتاج الرقابة القضائية لمشروعية الشرط الجزائي وشروط تطبيقه وتكييفه لاى تبرير اذ هي رقابة عادية يمارسها القاضي على كافة الشروط العقدية • اما الرقابة القضائية على قيمة الشرط الجزائي فهي بحاجة الى تبرير لكونها تمس بالحرية التعاقدية للطرفين وما يترتب على هذه الاخيرة من تقدير للتعويض• ويمكن تبرير هذه الرقابة بما يلي :

1 - من حيث اساس الشرط الجزائي :

يتمثل الشرط الجزائي في ارادة الطرفين ، وفي ظل الوضع السابق على العمل بالتقنين المدني كان القاضي مغلول اليدين لا يستطيع - بدعوى تحقيق العدالة - ان يعدل مبلغ الشرط الجزائي ولا يوجد لذلك اى سبب خاص دفع المشرع لتبني ذلك الاتجاه وانما لكون القانون الفرنسي بقي مطبقا في الجزائر كقانون وضعي بالرغم من عدم تلاؤمه مع الواقع الجزائري سياسيا واقتصاديا • وعلى هذا الاساس كانت الحرية التعاقدية مطلقة في مجال الشرط الجزائي حيث يمكن للطرفين تقدير التعويض وفقا لرغباتهم ودون اى قيد •

اما عن وضع التقنين المدني الجديد حاول المشرع ان يجعل

./.

القانون مرآة لاتجاهه السياسي والاقتصادى حيث ادخل فيه التيارات الاشتراكية (1) ومن هذا المنطلق حد من مغالاة مبدأ سلطان الارادة، وبصفة عامة وقف المشرع من المذاهب الاجتماعية موقفا وسطا فاقر الحرية التعاقدية ولكن جعل العدل رقيبا عليها ولهذا منح القاضي سلطة الرقابة ليصلح بالعدل ما تفسده الحرية في العقد وعلى هذا الاساس يبقى الشرط الجزائي محتفظا بطابعه الاتفاقي ما لم يؤد هذا الاخير الى اختلال التوازن في رابطة الالتزام فهنا على القاضي ان يعيد هذا التوازن، وفي هذا الصدد نشير الى قول الاستاذ عبد السلام الترمانيني (2) = فالعقد السليم ليس هو الذى يتم فيه اتفاق ارادتي الطرفين على انشاء التزام فحسب وانما هو الذى تتساوى فيه منافع الطرفين، ذلك ان العقد اضحى وظيفة اجتماعية لا يقتصر اثره على المتعاقدين بل يرتد اثره على المجموع، فكان من حق الدولة ان تراقبه " .

2 ـ مناط الشرط الجزائي الضرر =

راينا سابقا ان المشرع الجزائري (3) على غرار التشريعات العربية يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، فيترتب على هذا نتيجة منطقية وهي الا يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذى يقع والا كان الدائن مثريا ولهذا لا بد من تخفيض الشرط الجزائي المغالى فيه من طرف القاضي تحقيقا للعدالة بين اطراف الالتزام .

---

(1) راجع= في ذلك حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، طبعة 1980 ص42و43 .

(2) راجع= عبد السلام الترمانيني = سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السورى، وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مجلة المحاماة، السنة 41، العدد 6، ص 907 .

(3) راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثالث من الباب الاول ص 121

3 ـ من الناحية الاقتصادية =

باعتبار الشرط الجزائي وسيلة لضمان تنفيذ الالتزام الاصلي يؤدى الى استقرار المعاملات بين الاطراف ولكن المشكل الذى يثور انه نادرا ما يكون اطراف العلاقة متساوين من حيث القوة الاقتصادية بل غالبا ما يكون احدهما في مركز قوة بحيث يتم تحديد التعويض من طرفه وما على الطرف الاخر الا ان يرضخ لذلك، وعلى هذا الاساس يستحق الطرف الضعيف مساعدة من طرف القاضي •

كل هذه التبريرات تبين لنا ان مبدأ ثبات الشرط الجزائي لا يتماشى وطبيعة الحياة الاقتصادية • كما انه يؤدى الى نتائج سيئة لهذا تتجلى اهمية تدخل القاضي لمراقبته • وبعد ان بينا الانواع المختلفة للرقابة القضائية نتناول تحديد نطاقها •

++++

المبحث الثاني

في نطاق الرقابة القضائية وخصائصها

تنص الفقرة الثانية من المادة 184 مدني على انه " يجوز للقاضي ان يخفض المبلغ المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه اوكان الالتزام قد نفذ في جزء منه " •

كما تنص المادة 185 مدني على انه " اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا اوخطأ جسيما " •

يتبين من هذين النصين ان القاضي يتمتع بسلطة التعديل التي يستعملها للحد من مغالاة الحرية التعاقدية ،غير ان هذه السلطة

•/•

ليست مطلقة اذ لا يمكن للقاضي ان يتدخل الا في مجال محدد ومتى توافرت شروط يمكن استخلاصها من روح الفقرة الثانية للمادة 184 هذا من جهة ، ومن جهة اخرى منح المشرع الجزائري القاضي السلطة التقديرية للتدخل في تعديل الشرط الجزائي ، وهذا ما ادى الى تمييز هذه السلطة ببعض الخصائص . وعلى هذا الاساس نقسم هذا المبحث الى مطلبين =

- المطلب الاول = نطاق الرقابة القضائية .

- المطلب الثاني = خصائص الرقابة القضائية .

المطلب الاول = في نطاق الرقابة القضائية .

يستخلص من نص المادتين 184 و 185 السالفتي الذكر ان المشرع قد اجاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي كقاعدة عامة وزيادته على سبيل الاستثناء .

ونتناول اولا تخفيض الشرط الجزائي ثم زيادته .

اولا - سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي =

لقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 184 السابق الاشارة اليها ، حالتين يمكن للقاضي فيهما ان يخفض الشرط الجزائي = واولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين بجزء من التزامه الاصلي ، وهنا نلاحظ ان المشرع الجزائري قد حذا في ذلك حذو القانون المدني المصري (1) والتقنينات العربية الاخرى .

---

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 224 من القانون المدني المصري على انه " يجوز للقاضي ان يخفض التعويض الاتفاقي اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة وان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه " .
وقارب في ذلك المادة 226 مدني سوري والمادة 267 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

./.

ونتناول هاتين الحالتين على التوالي =

_ الحالة الاولى = تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة الكبيرة في تقديره=

الاصل ان الشرط الجزائي اتفاق ،والقانون يحترم ارادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد لمقدار التعويض الذى يستحقه الدائن اذا اخل مدينه بالتزامه . ولا يمكن للقاضي ان يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه الا اذا كان مبالغا فيه او مفرطا كما يسميه القانون الجزائري .وما يلاحظ على النص الجزائري بصدد هذه الحالة انه اكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي دون ان يرشده بكيفية تقدير المبالغة وطريقة تخفيضها ،ولهذا يتعين علينا بحث هاتين المسألتين قصد تبيان المشاكل التي قد تثور بسبب غموض النص مع محاولة اعطاء بعض الحلول لهذه المشاكل .

1 _ كيفية تقدير المبالغة =

قبل ان نتطرق الى كيفية تقدير المبالغة يتوجب علينا تحديد المقصود بالمبالغة .

أ) المقصود بالمبالغة=

نظرا لعدم وضع المشرع ضابطا ونسبة يمكن على ضوئها تحديد المقدار المبالغ ،فقد ادى ذلك الى اختلاف الفقه في تحديد المبالغة (1) وبصفة عامة يمكن تعريفها بعدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذى وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة .

---

(1) يعبر كاربونييه عن الشرط الجزائي المبالغ فيه بانه= "..Une disproportion importante telle qu'elle sante aux yeux"
المرجع السابق _ ص292 .
_ اما فرنسوا شاباس ،يعبر عن الشرط الجزائي المبالغ فيه بقوله= "Le juge n'a qu'a cons-tater le carractère léonien sans se livrer à aucune recherche "
المرجع السابق _ ص234 .
_ اما مالوري فيعبر عن ذلك بقوله= " Une demesure entre la peine et le préjudice
./.

ومثال الشرط الجزائي المبالغ فيه في عقد البيع بالتقسيط ان يتفق على انه اذا لم يدفع المدين احد الاقساط في ميعاده يلتزم بدفع شرط جزائي يحدد مقداره بالاقساط الباقية • فمما لا شك فيه ان مثل هذا الشرط يعتبر مبالغا فيه ويخالف مقتضيات قواعد العدالة •

ب) تقدير المبالغة =

اذا قرر القاضي ان الشرط الجزائي مبالغا فيه يستلزم تخفيضه وجب عليه ان يقدر هذه المبالغة • وفي هذا الصدد يعاب على النص الجزائري اى الفقرة الثانية من المادة 184 انه لم يتضمن اية عناصر قد يسترشد بها القاضي للتمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه والشرط الجزائي المعقول ،فهل يقدر القاضي هذه المبالغة بالاستناد الى معيار شخصي او على اساس معيار موضوعي ؟ كما ان السؤال الذى يطرح نفسه ايضا ،متى يتم هذا التقدير،هل وقت ابرام العقد ام وقت تنفيذه ؟

فبالنسبة للسؤال الاول ـ عناصر تقدير المبالغة ـ فعلى فرض ان مدينا ما تقدم الى القاضي طالبا منه تعديل الشرط الجزائي ،واستجاب القاضي لهذا الطلب فأول عملية يقوم بها هي تقدير الشرط الجزائي للتحقق فيما اذا كان مبالغا فيه ام لا ،وفي هذا الصدد يمكن للقاضي ان يختار احد المعيارين =

ـ المعيار الاول = وهو موضوعي ،اذ يتمثل في مقارنة مبلغ الشرط الجزائي بالضرر الذى وقع وهنا تعني المبالغة عدم التناسب الكبير(1) •

---

(1) راجع = في شرح هذا المعيار كاربونييه ،المرجع السابق ـ ص 294 •

•/•

اما المعيار الثاني = وهو شخصي بحيث يتمثل في تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من الطرفين مثل الظروف الشخصية للمدين حسن نيته او سوئها وكذلك حالته المالية (1) .

وفي نظرنا انه لا يمكن للقاضي ان يأخذ بالمعيار الشخصي بل هذا الاخير يعتد به في مرحلة لاحقة وهي عند تخفيض الشرط الجزائي اما تقدير المبالغة لا يكون الا بناء على المعيار الموضوعي (2) وعلة ذلك ان المبالغة تقضي حتما بوجود فارق كبير بين قيمتين هما الضرر والشرط الجزائي ولا يمكن تحديد المبالغة الصارخة الا بتقدير القيمتين . ومتى تبين للقاضي - بعد انتهائه من عملية التقدير - ان الشرط الجزائي مبالغ فيه غير ان المبالغة هذه ليست كبيرة اوغير عادية فبامكانه رفض تخفيض الشرط الجزائي ،والحكم به كما هو لان المشرع قصد المبالغة الكبيرة والصارخة ومجرد تجاوز التعويض الاتفاقي الضرر الذى وقع لا يعني بالضرورة انه مبالغ فيه وان كان ثقيلا .

اما فيما يخص السؤال الثاني المتعلق بوقت تقدير المبالغة ،فهل يجب تقدير المبالغة يوم ابرام العقد ،ام يوم حصول الضرر اى يوم عدم التنفيذ ؟

---

(1) راجع في ذلك بوكاره ،المرجع السابق ،فقرة 39 .

(2) راجع في ذلك جان تلماني ،المرجع السابق - ص 31 ،

- وفي نفس المعنى فاسور في تعليقه على حكم محكمة دواى ،د اللوز 1977 - ص 197

- وفي نفس المعنى ايضا مختار باى في تعليقه على حكم محكمة اميان في المجلة القضائية التجارية سنة 1977 - ص 19 ،حيث قال ما يلي = " Le critere du mannifestement excessif ne peut être qu'objectif, il ne peut que se mesurer en chiffre ou tout au moins par le rapprochement des chiffres".

./.

وتحديد وقت تقدير المبالغة على قدر كبير من الاهمية نظرا لتدهور القيمة النقدية او اثارها على العقود المستمرة وهناك جانب من الفقه (1) والقضاء (2) يرى ان التقدير للمبالغة يكون من يوم ابرام العقد ولكن هذا الراى لا يتماشى مع طبيعة الشرط الجزائي ووظيفته لذا يجب ان يكون التقدير يوم ان اصبح الشرط الجزائي مستحقا اى عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ وهذا يتماشى مع الطبيعة القانونية للشرط الجزائي (3) التي هي تعويض من جهة ،ومن جهة اخرى انه في هذه المرحلة يمكن معرفة الضرر وتقديره •

2 ـ طريقة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه الى درجة كبيرة =

اذا ثبت للقاضي ان الشرط الجزائي يكتسي طابعا مبالغا الى درجة كبيرة وقرر ان يخفضه وذلك بناء على السلطة المخولة له ،فيجب عليه ان يحدد المبلغ الذى يتحمله المدين بصفة نهائية وفي هذا الصدد لم يبين المشرع للقاضي الطريقة الواجبة الاتباع في تخفيض الشرط الجزائي ،ونحن نرى ان نص الفقرة الثانية من المادة 184مدني انما يقوم على اساس موضوعي يتمثل في عدم التناسب بين قيمة الضرر الذى وقع والتعويض الاتفاقي ولهذا فللقاضي ان يخفض هذا التعويض الى الحد المعقول ولكن دون ان يجعله مساويا للضرر الفعلي وعلة ذلك ان الشرط الجزائي وان كان تعويضا فله وظائف اخرى ايضا منها ضمان تنفيذ الالتزام عينا (4) • وهكذا فالشرط الجزائي المرتفع قليلا يظل قائما ومحتفظا بطابعه الاتفاقي وتقتصر سلطة القاضي على تخفيضه بالقدر الذى يزيل عنه المبالغة الكبيرة ولا يشترط ان يصل التخفيض الى الحد الذى يجعل

---

(1) راجع= كاربونييه ،المرجع السابق ـ ص293 •
(2) راجع= نقض مدني بتاريخ 14 نوفمبر1949 المنشور في الاسبوع القانوني 1949 ،الجزء الثاني رقم 5255 واشار اليه زرفين ،المرجع السابق ـ ص 63
(3) راجع زرفين ،المرجع السابق ـ ص65 •
(4) راجع= زرفين ،المرجع السابق ـ ص63 •

الشرط الجزائي مساويا للضرر لان عملية التخفيض لا يقوم بها القاضي وفقا لمعايير تقدير التعويض القضائي المحددة في المادة 182 مدني • بل يستند القاضي في اجراء التخفيض الى معايير يستمدها من شروط العقد والظروف الملابسة له ، ومثال ذلك انه قد يتبين من العقد ان المدين قد حصل على مزايا معينة مقابل قبوله لتعويض مغالى فيه يدفعه اذا اخل بالتزامه ، وفي هذه الحالة على القاضي ان يوازن بين هذه المزايا والشرط الجزائي المغالى في التقدير •

واخيرا يمكننا القول ان تسامح القاضي في المبالغة المعقولة يتفق مع حكم الفقرة الثانية من المادة 184 التي تشترط لتخفيض الشرط الجزائي ان يكون تقديره مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، فيفهم من هذا النص انه اذا كانت المبالغة بسيطة فلا محل للحكم بالتخفيض(1) •

- <u>الحالة الثانية</u> = تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزائي للالتزام =

ذكرت الفقرة الثانية من المادة 184 مدني حكما اخر مؤداه انه يجوز للقاضي ان يخفض الشرط الجزائي اذا اثبت المدين ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه • ويستخلص من هذا الحكم انه يمكن للمدين طلب تخفيض التعويض الاتفاقي اذا اثبت واقعة التنفيذ الجزئي • فاذا اتفق

---

(1) قارب اتجاه جانب من الفقه في فرنسا الذى نادى بعدم تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه الى حد الضرر وعلى سبيل المثال يقول فاسور ما يلي = " Il semble toute fois que dans l'éxercice de son pouvoir de fixer le montant de la peine, le juge rencontre une limite, celle ci decoule toute fois de la lettre et de l'esprit de la loi, mais aussi de la volonté des parties. Elle exclue que le juge modere la peine en descendent jusqu'au chiffre correspondant au prejudice subit par le créancier d'une part la loi ne reconnait au juge que de moderer la peine manifestement exesive..."

تعليق منشور بدالloz 1977 - ص 667 •

•/•

الطرفان على تعويض يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام وقام المدين بتنفيذ جزء منه فمن الطبيعي ان يخفض هذا التعويض وعلة ذلك ان الضرر في هذه الحالة يكون اقل بالنسبة لعدم التنفيذ الكلي وقبل العمل باحكام التقنين المدني كان باستطاعة الطرفين استبعاد حكم تخفيض الشرط الجزائي عند التنفيذ الجزئي وتقرير مسؤولية المدين كاملة لان نص المادة 231 انذاك كان قاعدة مكملة يمكن استبعادها بالاتفاق (1) •

ولكن السؤال المطروح هو هل كل التزام يقبل التنفيذ الجزئي ؟

اذا كان تدخل القاضي في هذه الحالة متوقفا على التنفيذ الجزئي للالتزام من طرف المدين يترتب على ذلك ان يكون الالتزام الاصلي قابلا للانقسام ، ولكن في بعض الحالات قد يكون الالتزام الاصلي غير قابل للانقسام وبالتالي لا يمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادة 184 مثال ذلك الالتزام بالامتناع عن عمل لا يقبل التقسيم ، كامتناع المدين عن المنافسة او الامتناع عن التمثيل في مسرح معين والى غير ذلك •

اذن فلا يكون الالتزام الاصلي قابلا للتنفيذ الجزئي الا اذا كان قابلا للانقسام ، وتقرير قابلية او عدم قابلية الالتزام للانقسام هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع(2) •

وبعد ان حددنا نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة 184 على الالتزامات القابلة للانقسام ، لنا ان نتساءل عما اذا كان كل تنفيذ جزئي يؤدي حتما الى تخفيض الشرط الجزائي ؟

---

(1) في الوضع السابق على صدور القانون المدني كانت المادة 1231 المتعلقة بالنظام العام حيث كان بامكان الطرفين استبعاد سلطة القاضي •

(2) راجع Sanz: La consecration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la theorie générale de la clause pénale revue trimestrielle du droit civil 1977, N°2, P 20.

والاجابة على هذا السؤال تقضي منا ان نحدد معنى التنفيذ الجزئي للالتزام وبعد ذلك نبين طريقة تخفيض التعويض الاتفاقي في هذه الحالة •

<u>1 ـ معنى التنفيذ الجزئي</u> =

يفهم من الفقرة الثانية من المادة 184 ان كل تنفيذ جزئي للالتزام يمكن ان يؤدى الى تخفيض الشرط الجزائي وذلك نظرا لعمومية النص •

والحقيقة اذا كان يقصد بالتنفيذ الجزئي كل بدء في التنفيذ هو بالضرورة تنفيذ جزئي للالتزام اذ يشترط ان يحقق هذا التنفيذ الجزئي فائدة للدائن ،وهذا ما اغفله المشرع الجزائرى (1) • فلو اتفق الدائن والمدين على لقاء في مدينة وهران في تاريخ معين وحدد في العقد مبلغ يدفعه المدين كشرط جزائي اذا لم يحضر في المكان المتفق عليه فلو ذهب المدين الى مدينة قريبة من وهران مثل مستغانم فلا يعتبر هذا تنفيذا جزئيا للالتزام بالرغم من انه قطع مسافة معينة والسبب في ذلك ان الدائن لم يستفد من تنقل المدين ،اما لو اتفق الدائن مع المدين على ان يورد هذا الاخير كمية من السلعة واتفقا على مبلغ معين يدفعه اذا اخل بالتزامه ثم قام المدين بتوريد نسبة معينة من السلعة ثم توقف فيعتبر هذا تنفيذا جزئيا للالتزام يؤدى الى تخفيض الشرط الجزائي •

<u>2 ـ طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي</u> =

ذكرت انفا ان البدء في تنفيذ الالتزام يعتبر تنفيذا جزئيا اذا ترتب على ذلك فائدة للدائن ،فهل سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف على مدى جدية واهمية هذه الفائدة

---

(1) وحتى المشرع المصرى لم يشر الى هذا في المادة 224 •

./.

بالنسبة للدائن الذى ليس من مصلحته ان يقبل التنفيذ الجزئي ؟ في هذا الصدد يعاب على النص الجزائرى (1) انه لم يرشد القاضي بأية قواعد يستعين بها لاجراء التخفيض وذلك على غرار حالة المبالغة في الشرط الجزائي ، وهذا على عكس بعض القوانين الاجنبية التي وجهت القاضي في هذا المجال مثل القانون الفرنسي (2) والالماني (3) •

وبالرغم من سكوت المشرع نعتقد ان القاضي ملزم عند تقديره للتنفيذ الجزئي ان يأخذ بعين الاعتبار عدة عناصر وهي :

- الضرر الذى اصاب الدائن والفائدة التي حصل عليها من هذا التنفيذ الجزئي ثم حسن نية المدين او سوئها •

فبالنسبة للضرر فعلى القاضي ان يراعيه حتى يقارنه مع الفائدة التي عادت على الدائن وفي هذا الصدد يجب مراعاة الفقرة الاولى من المادة 184 التي تمنع استحقاق التعويض الاتفاقي اذا لم يلحق الدائن اى ضررا اما فيما يخص الفائدة يجب على القاضي ان يراعي مصلحة الدائن من جراء هذا التنفيذ الجزئي سواء كانت المصلحة مادية اوغير مادية •

والى جانب عنصرى الضرر والفائدة فان تقدير قيمة التنفيذ الجزئي متوقف على مسلك المدين فالقاضي لا يقف الا بجانب المدين الحسن النية (4)

---

(1) ونفس الانتقاد يوجه الى المشرع المصرى حيث جاء النص عام دون ان يرشد القاضي باى عنصر لاجراء التخفيض المادة 2/224 •

(2) راجع : المادة 1231 مدني فرنسي السابق الاشارة اليها •

(3) تنص المادة 343 من القانون المدني الالماني على ما يلي " اذا كان الجزاء المستحق غير متناسب مع الضرر الى درجة كبيرة يمكن بناء على طلب المدين تخفيضه الى مبلغ معقول ، ولتقديرها هو معقول يجب الاعتداد بكل مصلحة مشروعة للدائن وليس فقط مصلحته المالية " •

(4) راجع : في ذلك مختار باى ، المرجع السابق - ص 61 •

./.

فمتى تثبت سوء نية المدين فللقاضي الا يعتد بهذا التنفيذ الجزئي ويحكم بالشرط الجزائي بكامله • ومتى قدر القاضي قيمة التنفيذ الجزئي بناء على العناصر السابق الاشارة اليها يشرع في تخفيض التعويض الاتفاقي وهنا هل يقتصر دور القاضي على ازالة المبالغة على عدم التنفيذ الجزئي ان يخفضه الى حدود الضرر الذى اصاب الدائن ؟ فمثلا لو اتفق مزارع مع تاجر لتزويده الف طن من القمح قبل تاريخ معين • واتفق الطرفان انه في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه يدفع 20 الف دينار كشرط جزائي ، وعند حلول الاجل المتفق عليه لم يورد المزارع الا 500 طن من القمح • فهل يخفض القاضي الشرط الجزائي في هذه الحالة بنسبة درجة التنفيذ وهنا يكون المبلغ المستحق 10 الاف دج أو يخفضه بناء على الضرر الفعلي الذى اصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ الجزئي للالتزام والذى يمكن ان يجاوز او يقل عن نسبة التنفيذ •

والحقيقة انه لا يمكن الاخذ بالطريقة الاولى لانها اوتوماتيكية ولا تستند الى العناصر التي يقدر بها التنفيذ الجزئي بل تقتصر على نسبة التنفيذ وحده (1) • وما دام القاضي مطالبا بأن يوازن بين الضرر الذى اصاب الدائن وكذلك المصلحة التي عادت عليه فنعتقد ان تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي يقتصر على نسبة معينة فقط وذلك لمنع الدائن الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام وهنا يتمثل في التنفيذ الجزئي له والتنفيذ بمقابل المتمثل في دفع الشرط الجزائي كاملا •

وعلى هذا الاساس لا يشترط ان يصل التخفيض الى حدود الضرر الفعلي وهذا مالا يتفق مع حكم الفقرة الثانية من المادة 184 الذى

---

(1) راجع زرقين ، المرجع السابق – ص 67 •

./.

اراد ان يوفق بين اتجاه ارادة المتعاقدين الى تقرير تعويض يستحقه الدائن وبين الوضع الواقعي المترتب على تنفيذ المدين لجزء من التزامه الاصلي وان هذا التوفيق يتطلب تخفيض التعويض الاتفاقي بنسبة ما نفذه المدين من التزامه •

ولنا ان نشير انه اذا تنبه الطرفان الى واقعة التنفيذ الجزئي واتفقا على تعويض بشأنها فيجب على القاضي ان يعتد بهذا التقدير ولا يمكنه تخفيضه الا اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة وذلك بالاستثناء الى الجزء الاول من الفقرة الثانية من المادة 184 •

وبعد ان بينا سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ننتقل الى بيان سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي •

ثانيا _ سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي =

اذا كان القانون الجزائري كقاعدة عامة قد خول للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون اى قيد وذلك في حالتي التقدير المبالغ او التنفيذ الجزئي للالتزام ،فان الامر ليس كذلك في حالة الزيادة اذ منع المشرع زيادة الشرط الجزائي ولم يجزها الا على سبيل الاستثناء في حالة واحدة ولهذا نتناول المبدأ العام ثم الاستثناء •

1 _ المبدأ العام = عدم جواز زيادة الشرط الجزائي =

تنص المادة 185 مدني على ما يلي " اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطلب اكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما "

يستخلص من هذه المادة والفقرة الثانية من المادة 184 السابق الاشارة اليها ان سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تقتصر

على تخفيضه دون زيادة • قد استمد المشرع الجزائرى هذه الاحكام من التقنينات العربية (1) ولم يساير المشرع الفرنسي الذى اصبح منذ قانون 9 يوليو 1975 يجيز تخفيض الشرط الجزائي وزيادته على حد سواء (2) وسبب عدم مسايرة المشرع الجزائرى القانون الفرنسي يرجع لكون التعديل الذى ادخله المشرع الفرنسي جاء لاحقا على اعداد مشروع التقنين المدني الجزائرى والموافقة عليه • والحقيقة ان موقف المشرع الجزائرى الرافض لزيادة الشرط الجزائي يعتبر ثغرة قانونية من شأنها ان تؤدى الى نتائج سيئة سواء على المستوى الداخلي او على المستوى الدولي •

أ) على المستوى الداخلي =

نعتقد ان المشرع بموقفه هذا اراد ان يحمي المدين الذى هو الطرف الضعيف في العقد ، ولكن ما تجدر الاشارة اليه انه ليس بالضرورة ان يكون المدين الطرف الضعيف اقتصاديا بل قد يكون الدائن هو الطرف الضعيف الذى يستحق الحماية اذ قد يكون المدين شركة تجارية قوية ذات راس مال كبير او مقاولة بناء كبيرة ، فاذا لم تحترم مثل هذه الشركات التزاماتها ويترتب على ذلك ضرر كبير للدائن فلماذا لا يستحق الدائن زيادة الشرط الجزائي ؟ •

وهكذا نلاحظ ان المشرع الجزائرى قد ميز بين اطراف العقد من حيث تقرير الحماية القانونية بحيث قررها للمدين وحده والذى قد لا يستحقها في بعض الاحيان •

---

(1) راجع= المادة 225 مدني مصرى التي تقابل المادة 185 مدني جزائرى ، كذلك المادة 267 من قانون الموجبات اللبناني التي تنص" ان البند الجزائي صحيح ومعمول به وان كان موازيا في الواقع لبند ناف للتبعية وانما استثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون " •

(2) راجع= المادتين 1152 ، 1231 في المبحث الاول من الفصل الاول من هذا الباب • ص 140 •

ب) على المستوى الدولي =

لا يقتصر استعمال الشرط الجزائي على المستوى الداخلي اى في العقود الوطنية بل استعملت هذه الوسيلة القانونية حتى في العقود الدولية وذلك قصد ضمان سرعة تنفيذها • ولقد نظمت بعض الاتفاقات الدولية (1) احكام الشرط الجزائي مثل اتفاقية البينيلوكس ولائحة المجلس الاوروبي الموقع عليها في 26 نوفمبر 1973 •

وفي الجزائر التي تسعى الى تنمية البلاد واخراجها من التخلف وهذا ما يقتضي عليها ان تبرم عدة عقود دولية مع مختلف الشركات الاجنبية لنقل التكنولوجية العصرية وذلك عن طريق استيراد الاجهزة التي لا تملكها الجزائر• وهذه العقود الدولية التي تبرمها الجزائر يتم انعقادها وفقا لقانون الصفقات العمومية اذ تنص المادة 68 منه على مايلي = "تطبق احكام هذا القانون على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الاجنبية " •

وقد حددت المادة 9 من نفس القانون البيانات التي يجب ان تتضمنها الصفقة العمومية ومن بين هذه البيانات معدل عقوبة التأخير، وهكذا نجد كل العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر تتضمن شرطا يسمى غرامات التأخير Penalité de retard وهذا الشرط الذى يحرر على الشكل الاتي " في حالة تأخر المورد في تنفيذ التزامه يدفع غرامة تأخير نسبتها كذا من قيمة الصفقة وفي جميع الاحوال لا يمكن ان تتجاوز هذه النسبة مبلغ كذا من القيمة الاجمالية للصفقة " (2) •

---

(1) راجع= هذه الاتفاقيات في مرجع،جان تلماني السابق الاشارة اليه ـ ص40 وما بعدها •

(2) يحرر هذا الشرط في العقود الدولية باللغة الفرنسية كالتالي En cas de retard dans l'xécution de ses obligations, le fournisseur devra payer une pénalité de I./. du marché et dans tous les cas cette somme ne devra pas depasser 5./. du marché globale

•/•

ونلاحظ ان شرط غرامات التأخير ما هو الا شرط جزائي مقرر لضمان عدم التأخير، وقد يتأخر المورد الاجنبي في تنفيذ التزامه مما يؤدى الى استحقاق التعويض الاتفاقي المتفق عليه، وبما اننا على مستوى دولي واحد الطرفين اجنبي فانه يجب الرجوع الى القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذى يحكم الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا وكيفية تطبيق القاضي لهذا القانون، ونبحث ما هو القانون الواجب التطبيق على الشرط الجزائي وكيفية تطبيقه.

- تحديد القانون الواجب التطبيق على الشرط الجزائي =

نعلم بأنه وفقا لقواعد الاسناد الجزائرية ان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية هو القانون الذى تختاره ارادة الطرفين، ويترتب على ذلك ان القواعد التي تحكم عدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ تخضع لنفس القانون الذى يحكم العقد وذلك كما يقول الاستاذ باتيفول انه لا يمكن الفصل بين القاعدة والجزاء المقرر لها (1).

واذا لم يحدد الطرفان صراحة القانون الواجب التطبيق على اتفاقهما فعلى القاضي ان يستدل على القانون الواجب التطبيق من خلال تركيزه للعقد (2). ويتم ذلك بناء على قرائن يستدل بها على الارادة الضمنية للاطراف ومن بين هذه القرائن محل ابرام العقد، محل تنفيذ العقد، الموطن المشترك للمتعاقدين.

اذن فالشرط الجزائي يخضع للقانون الذى يختاره الاطراف كقاعدة عامة وفي هذا الصدد نلاحظ ان الجزائر في اتفاقاتها مع الشركات الاجنبية غالبا ما تشترط تطبيق القانون الجزائري لحل النزاع الذى

---

(1) راجع= باتيفول، الموجز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة - ص 601.
(2) راجع= توبيانه، نطاق قانون العقد في القانون الدولي الخاص، طبعة 1972 - ص 142.

./.

قد يثور بينهما ومع ذلك في بعض العقود وخاصة ذات القيمة الكبيرة نجد انها تخضع لقوانين اجنبية اخرى غير القانون الجزائرى وفي اعتقادنا هذا يرجع الى القوة الاقتصادية للمتعاقد معهما ولكن من الناحية القانونية هذا مقبول ما دام المشرع الجزائرى لم يقيد الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقهما ، وعلى هذا الاساس فالشرط الجزائي المدرج في العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر قد يخضع للقانون الجزائرى او لقانون اجنبي يختاره المتعاقدان ، واذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق لا يثير اى اشكال فان تطبيقه هو الذى قد يثير مشاكل قانونية على قدر كبير من الاهمية وهذا ما سنتناوله .

- تطبيق القاضي للقانون الذى يحكم الشرط الجزائي =

نوهنا في السابق ان المشرع الجزائرى لا يجيز زيادة الشرط الجزائي وهذا الموقف يثير مشاكل قانونية رهيبة في مجال القانون الدولي الخاص وقد يؤدى الى نتائج سيئة خاصة للشركات الوطنية الجزائرية ولابراز هذا نتناول حالة اختيار الاطراف للقانون الجزائرى ثم اختيار الاطراف لقانون اجنبي ليحكم العقد .

- تطبيق القاضي للقانون الجزائرى =

على فرض ان شركة وطنية جزائرية اتفقت مع شركة فرنسية لتزويدها بسلعة معينة وتم الاتفاق على كل شيء كما تضمن العقد شرطا جزائيا يدفعه المورد في حالة التاخير في تنفيذ التزامه وقد اخضع الطرفان هذا الاتفاق للقانون الجزائرى الذى يكون مختصا بالنظر في المنازعات التي قد تثور عند تنفيذ هذا العقد .

وعلى فرض ان المورد قد تأخر في تنفيذ التزامه وترتب على ذلك

./.

ضرراكبيرا للشركة الوطنية فان هذه الاخيرة لا تستطيع ان تطلب زيادة الشرط الجزائي ،لان المشرع الجزائرى لا يسمح للقاضي بذلك وهكذا نجد هذا الحكم يضحي بمصالح الشركات الوطنية لفائدة شركات اجنبية •

- <u>تطبيق القاضي الجزائرى للقانون الاجنبي</u> =

هل يمكن للقاضي الجزائرى الذى لا يعترف له المشرع بزيادة الشرط الجزائي تطبيق قانون اجنبي يعترف مشرعه للقاضي بسلطة الزيادة ؟

نفترض ان هناك عقد بيع دولي بين شركة وطنية جزائرية وشركة اجنبية فرنسية وبمقتضاه تسلم هذه الاخيرة للشركة الوطنية الات معينة واتفق الطرفان على كل شروط العقد كما ضمناه عدم التأخير في التنفيذ واخضع الطرفان هذا الاتفاق الى القانون الفرنسي •

وعلى فرض ان الشركة الفرنسية لم تحترم ميعاد التسليم وتأخرت في ذلك ،وقد ادى هذا الى الحاق ضرر كبير بالشركة الوطنية واصبح التعويض المتفق عليه لا يناسب الضرر فلجأت الشركة الوطنية للقاضي الجزائرى طالبة بزيادة الشرط الجزائي طبقا للمادة 1152 مدني فرنسي • فهل للقاضي ان يطبق القانون الفرنسي الذى تخالف احكامه القانون الجزائرى ؟

نعتقد ان القاضي الجزائرى يستبعد القانون الفرنسي الذى هو المختص باعتباره قانون الارادة لانه يخالف النظام العام الداخلي (1) ويحرم الشركة الوطنية من الزيادة والسبب في ذلك ان المادة 1152 فرنسي تتعارض مع المادة 185 مدني جزائرى والتي هي من النظام العام والتي لا يمكن مخالفتها •

---

(1) راجع= كاهان نبال ،الشرط الجزائي في عقود البيع الدولية في منشور في مجموعة مهداة الى جيليو لا روماند يار ،سنة 1964 ـ ص413•

./.

والعكس صحيح فالقاضي الاجنبي الذى يسمح له قانونه بزيادة الشرط الجزائي يمتنع عن تطبيق القانون الجزائرى في هذا المجال لانه يخالف النظام العام في بلاده ،فعلى سبيل المثال في عقد دولي بين الشركة الوطنية للصلب والحديد وشركة فرنسية وبمقتضى الاتفاق تلتزم الشركة الجزائرية بتزويد الثانية بكمية معينة من الحديد وتضمن الاتفاق شرطا جزائيا يضمن عدم التأخير في التنفيذ ،كما اخضع الاطراف الاتفاق للقانون الجزائرى •

فلو ان الشركة الجزائرية قد تأخرت في تنفيذ التزامها فاصيبت الشركة الفرنسية بضرر كبير يفوق قيمة الشرط الجزائي فتقدمت الى القاضي الفرنسي مطالبة برفع الشرط الجزائي فمما لا شك فيه ان القاضي الفرنسي سوف يحكم بذلك مستبعدا القانون الجزائرى في هذا الصدد لانه يخالف النظام العام •

وخلاصة القول يتبين لنا ان رفض المشرع الجزائرى زيادة الشرط الجزائي كقاعدة عامة ينشأ عنه بعض المشاكل القانونية ،فعلى المستوى الداخلي نجده قد حرم الدائن من طلب الزيادة بالرغم ان هذا الاخير ليس بالضرورة هو الطرف القوى في العقد ،اما على المستوى الدولي فلاحظنا ان هذا الموقف ادى الى اثارة مشكلة تنازع القوانين وهي مشكلة عويصة حيث تترتب عنها نتائج سيئة نذكر على سبيل المثال لو استبعد القاضي الفرنسي ،القانون الجزائرى وحكم بالزيادة طبقا لقانونه تبقى مشكلة قائمة تتعلق بتنفيذ هذا الحكم حيث يمكن ان يرفض القضاء الجزائرى اعطاء الحكم الاجنبي الصيغة التنفيذية •

2 ـ الاستثناء من قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي =

لقد اورد المشرع الجزائرى استثناء على قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي حيث سمح بزيادته في حالة واحدة وهي ارتكاب المدين

•/•

غشا او خطأ جسيما وهذا ما يستخلص من نص المادة 185 السابق الاشارة اليها •

الاصل ان القانون يحترم ارادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد لمقدار التعويض الذى يستحقه الدائن اذا اخل المدين بالتزامه • وليس من سلطة القاضي تحقيق المساواة الفعلية بين قيمة الضرر الذى وقع ومقدار الشرط الجزائي ،الا في حالة واحدة يمكن له ان يحكم بتعويض يعادل الضرر الذى اصاب الدائن واذا تحقق شرطان هما =

أ) ارتكاب المدين غشا او خطأ جسيما •

ب) تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي •

ونتناول هذين الشرطين =

أ) ارتكاب المدين غشا او خطا جسيما =

طبقا للفقرة الاولى من المادة 107 التي تقضي انه يجب تنفيذ العقد كما اتفق عليه وبحسن نية • فيترتب على هذا انه يتعين على المدين احترام النية المشتركة التي سادت اثناء ابرام العقد ،فاذا كان عدم تنفيذ الالتزام مقترنا بنية سيئة للمدين فلا يمكن لهذا الاخير ان يستفيد من احكام الشرط الجزائي لان مبدأ حسن النية مبدأ اخلاقي بالدرجة الاولى ،فهو مرتبط بمبدأ الوفاء والاخلاص في تنفيذ التصرفات وان المساس بهذا قد يؤثر او يمس بقواعد الانصاف والعدالة التي تحكم العقد بصفة عامة •

فمن الممكن ان يصادف المدين صعوبات اثناء تنفيذ التزاماته وذلك نظرا لظروف لم تكن في الحسبان عند ابرام العقد ولكن رغم ذلك يجب عليه ان يبادر لمواجهة هذه الصعوبات في حدود الامكان

ليوفي بما التزم به ،واذا لم ينفذ التزامه على القاضي ان يبحث النية الحقيقية للمدين من خلال العقد والظروف الملابسة به لمعرفة ما اذا كان خطأ المدين يرجع الى الظروف وحدها ام الى نيته السيئة ، فاذا ثبت للقاضي ان المدين لم يقصد عدم تنفيذ التزامه بل يرجع ذلك الى ظروف مستقلة عن نيته فله ان يحرم الدائن من طلبه في زيادة الشرط الجزائي ،اما لو تبين له ان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه حتى ولو لم يقصد الاضرار(1) بدائنه اوكان ذلك نتيجة خطئه الجسيم فللقاضي الا يتقيد بالشرط الجزائي ، فله ان يحكم به كله ثم يحكم بتعويض اضافي لتغطية الضرر كاملا (2) •

ب) تجاوز قيمة التعويض الاتفاقي =

اذا كان في الاصل لا يكلف الدائن اثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ففي هذه الحالة يتعين عليه ان يثبت وقوع الضرر ومقداره حتى يتبين للقاضي ان الضرر كبير ويجاوز مقدار الشرط الجزائي وذلك للحكم بتعويض اضافي الى جانب الشرط الجزائي •

---

(1) هذا هو المفهوم الواسع للغش حسب راى محكمة النقض الفرنسية التي قررت ان الغش يتوافر من جانب المدين منذ اللحظة التي يتعمد فيها عدم تنفيذ التزامه التعاقدى حتى ولو كان هذا الامتناع غير مدفوع بقصد الاضرار بالمتعاقد الاخر• راجع حكمها بتاريخ 1969/2/24 المنشور في داللوز 1970 ـ ص297 • تعليق مازو الذى يرى في هذا الصدد ان الغش يتوفر بمجرد رفض المدين تنفيذ التزامه•

(2) وهذا ما اخذ به القضاء المصرى حيث قضت محكمة الاستئناف في 30 يناير 1929 انه " متى ثبت ان الاخلال بالتعاهد كان عن سوء قصد وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائي لان الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما فاذا انتفى ذلك وتبدلت النية وجب الرجوع الى القاعدة العامة وهي التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته " منشور بمجلة المحاماة سنة 10 ـ ص65 •

ونحن نرى ان مسؤولية المدين عن الضرر الذى تسبب فيه بسوء نيته أو خطئه الجسيم تقوم على فكرة الخطأ التقصيرى اى انها مسؤولية تقصيرية يتعين على مدعيها وهو الدائن ان يثبت اركانها الثلاثة ونستند في قولنا هذا على الحجة التالية ان الضرر الذى يطالب الدائن بالتعويض عنه هو ضرر غير متوقع لانه ترتب على سلوك من المدين وكان غير متوقع وقت التعاقد ويصبح التعويض هنا يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع وبهذا نكون قد بينا محتوى الرقابة القضائية التي خولها المشرع للقاضي الجزائري وتتميز هذه الرقابة ببعض الخصائص ندرسها على التوالي =

المطلب الثاني = في خصائص الرقابة القضائية ·

تنص الفقرة الثالثة من المادة 184 مدني على انه " يكون باطلا كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين اعلاه " ·

يستخلص من هذه الفقرة ومن الفقرة الاولى للمادة 184 السالفة الذكر ان الرقابة القضائية تتميز بخاصيتين رئيسيتين وهما =

- انها جوازية بالنسبة للقاضي ·
- انها الزامية بالنسبة للاطراف ·

اولا - الطابع الجوازى لسلطة تدخل القاضي =

بالرغم من اعتراف المشرع الجزائرى للقاضي بسلطة التدخل ، فليس لهذا الاخير ان يمارس هذه السلطة من تلقاء نفسه ، بل على المدين ان يطلب منه ذلك · وهذا هو المعنى المقصود من الفقرة الثانية من المادة 184 والتي تنص انه " ويجوز للقاضي ان يخفض مبلغ التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مفرطا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه " ·

·/·

فنستنتج من هذا النص انه اذا كان عبء اثبات المبالغة او التنفيذ الجزئي للالتزام واقعا على عاتق المدين فمن باب اولى ان يكون التخفيض بناء على طلب هذا الاخير هذا من جهة ومن جهة اخرى يعتبر تعديل الشرط الجزائي حقا مخولا للمدين وحده ، لهذا يجب على هذا الاخير ان يطلبه ، فلو خفض القاضي مبلغ الشرط الجزائي دون طلب المدين يكون قد حكم بما لا يطلبه الخصوم " Ultra petita " وهذا ما جعل حكمه قابلا للنقض .

غير ان الاستاذ زرقين يرى ان للقاضي حق ممارسة سلطة التعديل من تلقاء نفسه ويستند في ذلك على ان المادة 184 من النظام العام ، وقد عبر عن ذلك بقوله " للقاضي ان ينظر من تلقاء نفسه في المسائل القانونية ومن بينها نجد النصوص الامرة التي تبطل كل شرط مخالف لاحكامها وتعتبر المادة 184 مدني من النظام العام الذى بموجبه يمكن للقاضي ان يطبقها من تلقاء نفسه متى عرض عليه نزاع يتعلق بمبلغ الشرط الجزائي " (1) .

الا اننا نرى ان هذا الراى قد خلط بين سلطة القاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي ومدى حرية المتعاقدين في استبعاد هذه السلطة لان المقصود من الفقرة الثالثة (2) من المادة 184 هو منع المتعاقدين من مخالفة احكام الفقرتين الاولى والثانية من نفس المادة ، وهذا الجانب هو الذى يتعلق بالنظام العام بينما تبقى سلطة القاضي خاضعة للقواعد العامة التي تحكم الخصومة .

---

(1) راجع - زرقين ، المرجع السابق - 64 ، والذى عبر بما يلي " On sait que sur ce point le juge doit relever d'office les moyens de pur droit et parmis ces moyens on y trouve les textes impératifs qui reputent illicite toute clause contraire. Or l'article I84 revêt un carrectere d'ordre public qui autorise le juge à faire application de plein droit lorsqu'il est saisi d'un litige relatif au montant de la clause pénale.

(2) تنص الفقرة الثالثة من المادة 184 مدني جزائرى على ما يلي " ويكون باطلا كل اتفاق يخالف احكام الفقرتين اعلاه " .

./.

وعلى فرض ان المدين قد طلب من القاضي تخفيض الشرط الجزائي لانه مبالغ فيه او انه نفذ جزءا من التزامه فما هو موقف القاضي من هذا الطلب ؟

قد يستجيب القاضي لطلب المدين او يرفض ذلك فهو حر وله السلطة التقديرية المطلقة في ذلك لان المشرع لم يلزمه بالتدخل بل جعل هذه السلطة جوازية بالنسبة للقاضي اذ ورد في نص الفقرة الثانية من المادة 184 عبارة "يجوز" وهي تفيد السلطة التقديرية ، ويترتب على هذا انه حتى ولو توفرت شروط ممارسة القاضي هذه السلطة فيمكن لهذا الاخير ان يرفض استعمالها ودون ان يسبب قرار الرفض(1) • اما لو قرر القاضي تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه فعليه ان يبين في حكمه ما يحتوى عليه المبلغ المتفق عليه من مبالغة ويخضع في ذلك لرقابة المجلس الاعلى لان مسالة تقدير المبالغة هي مسالة قانون •

ونحن نعتقد انه كان يجدر بالمشرع الجزائرى ان يجعل هذه السلطة الزامية (2) اى على القاضي ان يمارسها كلما طلب المدين منه لان الهدف من تقرير هذه السلطة للقاضي هو حماية المدين الضعيف ومحاربة الاستعمال التعسفي للشرط الجزائي من طرف الدائن ، فما جدوى هذه السلطة اذا تبين للقاضي ان الشرط الجزائي مبالغ فيه ويرفض تعديله ؟

لهذا فالحماية الفعلية لا تتحقق الا اذا الزمنا القاضي بأن يمارسها •

ثانيا — <u>الطابع الالزامي لهذه السلطة بالنسبة للاطراف</u> =

يفهم من الفقرة الثالثة من المادة 184 السابق الاشارة اليها (3) انه لا يمكن

---

(1) وهذا هو موقف محكمة النقض الفرنسية التي قررت في حكم لها بتاريخ 1978/4/26 " ان قضاة الموضوع غير ملزمون بتسبيب قرارهم اذا رفضوا تعديل الجزاء " منشور في داللوز الاسبوعي 1978 ، الجزء 4 — ص 301 •

(2) هذا ما اخذ به المشرع السويسرى في المادة 163 من قانون الالتزامات السويسرى حيث نصت على انه " يجب على القاضي ان يخفض الشروط الجزائية المبالغة " •

(3) راجع صفحة 207 هامش 2 •

./.

للاطراف استبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ،كما انه لا يجوز لهم الاتفاق على استحقاق الشرط الجزائي ولو لم يلحق الدائن اى ضرر،لان هذه القواعد المنظمة للرقابة القضائية تتعلق بالنظام العام •

ولكن قد يثور الاشكال فيما يتعلق بحالة التنفيذ الجزئي ،فما هو الحكم لو اتفق الطرفان مسبقا على مصير الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي ؟

ضمنيا ان هذا الشرط يستبعد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ولكن يبقى صحيحا طالما انه يواجه حالة عدم التنفيذ الجزئي ومع ذلك يبقى خاضعا للرقابة القضائية اذ لو اصبح الشرط الجزائي مبالغا فيه بالنسبة للجزء من الالتزام الذى لم ينفذ فيمكن للقاضي ان يخفضه وذلك طبقا للحالة الاولى اى المبالغة الكبيرة في الشرط الجزائي •

اما بالنسبة للقانون الفرنسي فالامر يختلف اذ قرر كما سبق ان رايناه (1) انه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام يمكن تخفيض الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من هذا التنفيذ الجزئي ،فلو اتفق الطرفان مسبقا انه في حالة التنفيذ الجزئي يخفض الشرط الجزائي بنسبة معينة دون الاعتداد بالفائدة التي عادت على الدائن ولا الضرر الذى قد يصيبه • ففي هذا الصدد يرى جانب من الفقه (2) ان الهدف من الفقرة الثانية من المادة 1231 هو منع الاطراف من استبعاد احكام المادة المذكورة اما في هذا الغرض لم يستبعد الطرفان سلطة القاضي بل اتفقا على تعديل الشرط الجزائي على اساس غير ذلك الذى حدده القانون وللمحاكم ان تحترم ارادة الطرفين في هذا المجال الا اذا تبين لهما انهما قصدا التحايل على القانون •

---

(1) راجع= المبحث الاول من الفصل الاول من هذا الباب • ص 149 - 150 •
(2) راجع= فيليب د رياى ،المرجع السابق — ص492 •

•/•

وبهذا نكون قد بينا احكام الشرط الجزائي في القانون الجزائري ومدى سلطة القاضي في مراقبته ،وهذه الاحكام لا يمكن تقييمها الا بمقارنتها بالقوانين الاجنبية السابق دراستها وهذا ما نتناوله الان •

++++

المبحث الثالث

مقارنة موقف القانون الجزائري بالقوانين الاجنبية

يتبين من العرض السالف لاحكام الشرط الجزائي في القانون المدني انه يوجد تشابه واختلاف بين التشريع الجزائري والقوانين الاجنبية التي درسناها وذلك فيما يتعلق بالاثار المترتبة على تقدير التعويض من قبل الافراد ويمكن حصر هذه المقارنة فيما يلي =

اولا ــ بالنسبة للقانون الانجلوامريكي =

1 ــ يرفض كل من القانون الجزائري والانجلوامريكي فكرة العقوبة حيث لوكان الشرط الجزائي مبالغا في تقديره اعتبر في القانونين عقوبة وليس تقديرا جادا للتعويض ويستتبع ذلك ان القاضي لا يتقيد بهذا الاتفاق وله حق اعادة النظر فيه •

لكن يختلف اساس الرقابة القضائية في القانونين ،ففي القانون الانجلوامريكي تقوم الرقابة على اساس شخصي يتمثل في بحث القاضي عن نية الطرفين وقت ابرام العقد لمعرفة اذا كان يقصدان بالشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض ام معاقبة المدين ،اذن فهي تتوقف على تكييف القاضي للشرط الجزائي (1) •

---

(1) راجع= جان تلماني ،المرجع السابق ــ ص 45 ، 46 •

اما في القانون الجزائرى لا تتوقف الرقابة القضائية على تكييف القاضي للشرط الجزائي فحسب بل هي أيضا نتيجة تطبيق معيار كمي حدده المشرع وهو المبالغة الكبيرة .

2 ـ كما يختلف القانونان من حيث تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه ، اذ في القانون الجزائرى يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة (1) .

ويفهم من ذلك انه متى كانت المبالغة بسيطة جاز للقاضي ان يرفض تعديل الشرط الجزائي ويطبق الاتفاق (2) ، بينما في القانون الانجلوامريكي كقاعدة عامة يخفض القاضي الشرط الجزائي المبالغ فيه ولو كانت المبالغة بسيطة وذلك ليتفق مع حقيقة الضرر الذى وقع ولكن ما تجدر الاشارة اليه انه في بعض الحالات التي يصعب فيها اجراء تقدير دقيق للتعويض على الضرر ومتى تبين ان نية المتعاقدين قد اتجهت الى تقدير جاد للتعويض فلا ينقض القاضي هذا الاتفاق ولو كان الشرط الجزائي مبالغا فيه عاما .

3 ـ يتفق القانون الجزائرى مع القانون الامريكي (3) اذ يشترط كل منهما ضرورة تحقق الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فاذا لم يلحق الدائن اى ضرر فلا يمكن للقاضي ان يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه .

---

(1) راجع= المادة 184 مدني جزائرى .

(2) في هذا الصدد يقول سليمان مرقص، احكام الالتزام ، طبعة 1957 ـ ص 145 وما بعدها انه اذا كان التقدير مبالغا فيه مبالغة غير كبيرة فلا يجوز تخفيضه ، ويعلل في ذلك، انه يكون حينئذ اعمال لارادة العاقدين والخروج على قواعد التعويض تبرر فكرة الجزاء التي اتجهت اليها ارادة العاقدين .

(3) راجع= المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا الباب= الشرط الجزائي في القانون الامريكي وراجع قضية Door closer cov eagle lock ص 163-164 .

./.

ثانيا - بالنسبة للقانون الفرنسي =

1 - يتفق القانون الجزائرى مع القانون الفرنسي في ان كلاهما يجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه الى درجة كبيرة او اذا نفذ الالتزام الاصلي في جزء منه ولم يحدد المشرعان نسبة المبالغة ، بل تركا ذلك لتقدير القاضي •

2 - ولكن يختلف القانونان في مسألة زيادة الشرط الجزائي ، حيث يجيز القانون الفرنسي للقاضي زيادة الشرط الجزائي التافه دون اى قيد وذلك على غرار حالة التخفيض• بينما لم يسمح المشرع الجزائرى للقاضي زيادة الشرط الجزائي الا في حالة واحدة وهي غش المدين او خطئه الجسيم الذى يترتب عليه ضرر كبير يفوق قيمة الشرط الجزائي (1) •

3 - اما من حيث ركن الضرر هناك فرق جوهرى بين القانونين اذ طبقا للفقرة الاولى من المادة 184 لا يجوز الحكم بالشرط الجزائي اذا لم يقع للدائن اى ضرر وقلنا في السابق ان هذا يرجع للطابع التعويضي الذى اضفاه المشرع الجزائرى على الشرط الجزائي •

اما المشرع الفرنسي فلم ينص على ركن الضرر وهذا ما ادى ببعض الفقه والقضاء (2) الى القول باستحقاق الشرط الجزائي حتى ولو لم يقع الضرر وحجته في ذلك ان الشرط الجزائي يهدف الى ضمان تنفيذ الالتزام •

ثالثا - بالنسبة للقوانين الاشتراكية =

1 - تستعمل الدول الاشتراكية الشرط الجزائي كوسيلة تهدف بها الى

---

(1) راجع= حالة زيادة الشرط الجزائي في القانون الجزائرى ، المطلب الاول من المبحث الثاني للفصل الثاني من هذا الباب •

(2) راجع= الفقه والقضاء الذى اخذ بهذا الراى في ركن الضرر في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثالث من الباب الاول •

•/•

تحقيق المخطط الاقتصادى العام وعلى هذا الاساس فان طبيعة الشرط الجزائي في مجال العقود الاقتصادية هي تهديدية اكثر منها اصلاحية ، بينما القانون الجزائرى الذى هو حديث النشأة لا يعرف فكرة العقد الاقتصادى وبالتالي فالشرط الجزائي محصور في العقود المدنية ووظيفته هي تعويضية •

1 ـ ومع ذلك يتفق القانون الجزائرى في مجال العقود المادية مع تقنينات الدول الاشتراكية في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه حيث كلها تسمح للقاضي ان يخفض الشرط الجزائي المغالى في تقديره (1) •

اما فيما يخص زيادة الشرط الجزائي يختلف القانون المدني الجزائرى عن القانون المدني الروسي والبولوني • حيث لم يجز المشرع الجزائرى رفع قيمة الشرط الجزائي كقاعدة عامة بينما يسمح بذلك كل من المشرع الروسي (2) والبولوني (3) •

وخلاصة القول ان القانون الجزائرى قد يمتاز بأنه جمع افضل ما تحتويه الشرائع الحديثة من المبادئ القانونية في مجال الشرط الجزائي وقد ساير كلا من التشريعات اللاتينية والانجلوامريكية والاشتراكية في العديد من المسائل ومع ذلك فقد خالفها في مسائل اخرى والتي فضل ان يحذو حذو اشقائه العرب كما في حالة رفضه زيادة الشرط الجزائي (4) •

---

(1) ماعدا القانون المدني لرومانيا الاشتراكية الذى اخذ بمبدأ ثبات الشرط الجزائي وذلك في المادة 1087 منه •

(2) راجع= المادة 189 مدني روسي •

(3) راجع= المادة 484 مدني بولوني •

(4) يرفض كل من القانون المصرى والسورى واللبناني زيادة الشرط الجزائي الا في حالة غش المدين اوخطئه الجسيم •

• / •

الخاتمة :

نبرز في نهاية بحثنا خلاصة ما توصلنا اليه في دراستنا لهذا الموضوع من نتائج وما يمكن ان نقدمه في ضوئها من اقتراحات.

النتائج :

1 ـ يجد الشرط الجزائي مكانته ضمن النظرية العامة لتنفيذ العقود ، وذلك باعتباره طريقة خاصة لفك الرابطة العقدية التي انشأتها الارادة.

فبدلا من التنفيذ العيني الذى يصبح غير ممكن نتيجة خطأ المدين يتم التنفيذ باستحقاق الشرط الجزائي الذى تم الاتفاق عليه وهو تنفيذ بمقابل لكن يختلف عن التنفيذ بمقابل القضائي ، وهذا التمييز هو الذى يمنح للشرط الجزائي قيمته العملية.

2 ـ بموجب الفقرة الاولى من المادة 184 مدني جزائرى لا يستحق الشرط الجزائي الا اذا وقع ضرر للدائن ، ويتبين من هذا النص ان المشرع الجزائرى قد قيد الحرية التعاقدية في مجال الشرط الجزائي حتى لا يكون هذا الاخير وسيلة يمكن ان يثرى بها الدائن دون سبب مشروع ، لان الحكم للدائن بالشرط الجزائي دون ان يلحقه اى ضرر معناه اثراء له وضرر للمدين.

وهكذا تتجلى بكل وضوح الصبغة التعويضية للشرط الجزائي في القانون المدني الجزائرى الذى يهدف الى تحقيق العدالة بين الطرفين والتي هي جوهر النظام الاشتراكي.

3 ـ يتبين لنا من الدراسة المقارنة ان معظم التشريعات قد فرضت رقابة قضائية على الشرط الجزائي ، وهذا لا يعني ان هذا الاخير

قد فقد اهميته العملية وطابعه التعاقدى والجزافي كما يعتقد البعض بل ما زال الشرط الجزائي محتفظا بهاتين الخاصيتين ،وان الرقابة القضائية تجد تبريرها في كون الشرط الجزائي كتطبيق من تطبيقات سلطان الارادة اصبح يستعمل كوسيلة استغلال وهذا ما ادى في كثير من الاحوال الى الاضرار بالمدينين الحسني النية ويشهد على ذلك المنازعات التي عرضت على القضاء بصفة عامة يطلب فيها المدينون تدخل القاضي لمراجعة الشرط الجزائي ،لهذا خففت هذه التشريعات من شدة وقسوة مبدأ ثبات الشرط الجزائي واسندت للقاضي مهمة حماية الطرف الضعيف من الشرط الجزائي المبالغ فيه ،ويترتب على هذا ان الرقابة القضائية هي وسيلة احتياطية ،فاذا كان الشرط الجزائي معتدلا ومعبرا عن التعويض للضرر الذى وقع فلا محل لاستعمال هذه الرقابة.

الاقتراحات =

في ضوء ما تقدم نبدى الاقتراحات التالية=

- الاقتراح الاول = اعطاء القاضي سلطة زيادة الشرط الجزائي وعدم قصر هذه السلطة على حالة غش المدين وخطئه الجسيم :

راينا انه طبقا للمادة 185 مدني جزائرى لا يمكن للدائن طلب زيادة الشرط الجزائي الا في حالة غش المدين او خطئه الجسيم.

والحقيقة ان موقف المشرع في هذا الصدد منتقد للاسباب التالية=

1 ـ ان مسلك المشرع هذا فيه اجحاف بحق الدائن اذ قد يرتكب المدين خطأ تافها او يسيرا ويترتب عليه ضرر فادح فلا تعويض عن الضرر الذى يزيد مقداره عن المقدار المغطى بالشرط الجزائي . وهذا المبدأ خطير لانه سيتخلف عنه ضرر غير مجبور ويترتب على ذلك ان قواعد

./.

الشرط الجزائي تفقد قيمتها اذا كان الشرط الجزائي - باعتباره تعويضا - لا يؤدى الى جبر الضرر بكامله • وبموقفه هذا هدم المشرع الجزائرى فكرة العدالة التي يهدف الى تحقيقها ،اذ نجده قد قصر الحماية على المدين وحده وهنا نتساءل ،الا يستحق الدائن حماية قانونية اسوة بالمدين ؟

فلو تصفحنا القانون المدني نجد في اطار نظرية الالتزام كل تدخلات القاضي لمراجعة العقد هي من اجل حماية المدين • فهل هذا القانون للمدين وحده ؟

2 - ان مسلك المشرع الجزائرى قد يؤدى الى اثارة مشكل قانوني عويص يتمثل في تنازع القوانين لان معظم التشريعات الاجنبية التي اقرت الرقابة القضائية على الشرط الجزائي تسمح بزيادته كما تسمح بتخفيضه بينما القانون المدني الجزائرى لا يسمح بالزيادة كقاعدة عامة •

لهذا نرى انه يحسن ان يبادر المشرع الجزائرى الى تعديل نص المادة 185 بحيث يسمح بزيادة الشرط الجزائي كقاعدة عامة ودون الاقتصار على حالتي غش المدين وخطئه الجسيم •

- <u>الاقتراح الثاني</u> = <u>جعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وجوبية</u>:نرى انه يحسن ايضا ان يجعل المشرع الجزائرى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وجوبية وذلك حتى تكون هذه الرقابة اكثر فعالية •

- <u>الاقتراح الثالث</u> = <u>ان يحدد المشرع للقاضي طريقة تخفيض الشرط الجزائي</u> = ما دام ان المشرع الجزائرى اضفى على الشرط الجزائي صبغة التعويض فيجدر به - تماشيا مع هذا المنطق ان يقرر ان تخفيض الشرط الجزائي او زيادته يكون في حدود الضرر الفعلي •

" تم بحمد الله "

- المـراجـع -

1 - المراجع العربية :

أ) المراجع العامة :

- اسماعيل غانم - احكام الالتزام، طبعة 1967 .

- احمد حشمت ابو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية .

- جورج الخليل - شرح قانون الموجبات اللبناني، الجزء الرابع اثار الموجبات وسقوطها، الطبعة الثانية .

- حسن الذنون - نظرية الالتزام، مصادر واحكام الالتزام طبعة 1976 .

- عبد الحي حجازى - احكام الالتزام، طبعة 1953 .

- عبد الرزاق السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، اثار الالتزام، طبعة 1952 .

- عبد المجيد الحكيم - شرح القانون المدني، الجزء الثاني، احكام الالتزام، طبعة 1977 .

- عبد المنعم البدراوى - النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، احكام الالتزام، طبعة 1968 .

- ماجد الحلواني - نظرية الالتزام، الجزء الاول، نظرية العقد طبعة 1961 .

- محمد ابراهيم الدسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الطبعة الاولى .

- مرقس سليمان - شرح القانون المدني، احكام الالتزام طبعة 1957 .

- محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني، الالتزامات، مصادر الالتزام الجزء الاول، طبعة 1955 .

ب) الرسائـل :

ـ طـلال المهتـار ـ البند الجزائي ،باريس، 1974 .

جـ) المقالات :

ـ احمد عبد الفتاح الشلقاني ـ احكام التعويض عن الاخلال بالعقد ، مجلـة قضايا ادارة الحكومة ، السنة 14 العدد الثالث .

ـ بشرى جندى ـ خصائص المسوءولية العقدية ، مجلة قضايا ادارة الحكومة ، السنة السابعة عشر ، العدد الاول .

ـ جبرائيـل غزال ـ سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي مجلة المحاماة ، السنة السابعة والاربعـون العـدد الاول .

ـ عبد السلام الترمانيني ـ سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السورى ومقارنته مع قوانين الـدول العربية ، مجلة المحاماة ، السنة الخامسة والاربعين العدد الثاني .

****

2- المراجع بالفرنسية :

(A)

أ) المراجع العامة :

- Aubry et Rau — Cours de droit civil, les obligations Tome 4, 6 ème ed.
- Baudry lacanterie et Barde: — Traité des obligations, tome 4,8eme ed.
- Boris Stark : — Les obligations, ed I972.
- Demogue: — Traité des obligations, tome 4, 6ième ed. I973.
- Demelombe : — Cours de Napoléon, tome 2, Ière ed.
- François chabas: — Contrats, obligations, juris classeur I975, Fasicule 27 la clause pénale.
- Gabriel Marty pièrre Raymond: — Cours de droit civil, tome2, ed.I962.
- Giffard: — Droit Romain et ancien droit français, 3ème ed. I970.
- Girard: — Manuel de droit Romain, ed I929.
- Henri et Mazeaud: — Traité de la responsabilité civile, tome ed I965.
- Henri Mazeaud et André Tunc: — Traité de la responsabilité civile, tome ed.I960.
- Huc: — Commentaire de Paris, tome 7, ed I882.
- Jean Carbonnier: — Cours de droit civil, les obligations, tome 2, ed.I969.
  — Cours de droit civil, les obligations, tome 4, ed.I979.
- Larombière: — Les obligations, tome 3, Ière ed.
- Laurent: — Cours de droit civil français, tome I6 3ième ed.
- Pièrre Guiho: — Cours de droit civil, les obligations, tome 4, ed I979.
- Planiol et Ripert: — Traité pratique de droit civil, tome 7 ed. I954.
- Toullier: — Le droit civil selon l'ordre du code, tome 2, 6ième ed.
- René David: — Les contrats en droit Anglais, ed I973.

(B)

ب) الرسائل :

- Gabriel Khouri: - La clause pénale en droit civil françai[s] et egyptien. Paris I937.
- Hugueney: - L'idée de peine privée en droit contemp[...] Paris I904.
- Marie Madelaine du fort: - La clause pénale dans le code des oblig[a]tions lébanais, Paris I939.
- Maruane: - La clause pénale, Paris I935.
- Phillippe Derbay: - Les moyens de pression privée et de l'ex[é]cution du contrat, Dijan I975.
- Samir Tanagho: - L'obligation judiciaire, etude morale e[t] technique du contrat, Paris I965.
- Vlachopoulos: - La nature juridique de la clause pénéle [et] ses applications dans les differentes branches de droit, Paris I950.

ج) المقالات :

- Alfondri: - Le contrôle de la clause pénale par le juge, semaine juridique I97I, N° 2395, Doctrine.
- André felinaux: - Le concept de la clause pénale chez les conoistes, melange fournier I929.
- Boubli: - La mort de la clause pénale ou le declin de l'autonomie de la volonté, journal des notaires I976.
- Bruno Boccara: - La reforme de la clause pénale, conditi[ons] et limites de l'intervention du juge, semaine juridique I975. Doctrine N° 27[..].
  - La clause pénale et la querelle seculai[re] de l'article I23I du code civil, semai[ne] juridique I970, N° 2392.
- .Sans: - La consecration du pouvoir juridi[...] par la loi du 9 Juillet 1975 et [ses] incidences sur la théorie de la clause pénale, revue trimestrielle [de] droit civil 1977, N° 2.
- Yves Letartre: - Requiem pour une clause pénale, journal des agrées 1977. N° 2, 3.

666--------

(c)

- Descote: - Enquête sur les clauses de deffirent cahier du droit de l'entreprise I976.

- François Chabas: - La réforme de la clause pénale d'aprés la loi I975; Dalloz Sirey I976.Doctrine.

- Franck Steimetz: - La clause pénale, cahier de droit de l'entreprise I976.

- Gedder: - Les obligations alternatives, revue trimestrielle de droit civil I969.N°I

- Guy Poulain: - Réalité du terme et volonté des parties dans les contrats à durée determinée , droit social I980, N° IO.

- Honatio: - La clause pénale en droit Américain , article non publié.

- Jean Thilmany: - Fonctions et revisibilité des clauses pénales en droit comparé, Revue internationale de droit comparé I980, N° 2

- Ph.Malaurie: - La revision de la clause pénale, repertoi de frenois, I976, N° 2.

- Mokhtar Bey: - La forteresse juridique de l'art II52, ou le principe de l'irréductibilité des clauses pénales, journal des agrées I974 N° 2.

- Perani• Facio: - La nature juridique de la clause pénale en droit français et droit de l'Amérique latine.Revue internationale du droit comparé I949.

- Ramdane Zerguine: - Contribution à l'étude de la clause pénale, revue algérienne des sciences juridiques I98I, N° I

- René Salevinic: - La clause pénale dans les pays de droits socialistes.Revue internationale de droit comparé I98I.N° 2

- الفهـــــرس -

صفحة	
1	مقـدمــة :
4	الفصل التمهيدى : تعريف الشرط الجزائي ، انواعه ، اهميته وتطوره التاريخي .
6	- المبحث الاول : تعريف الشرط الجزائي ، انواعه واهميته .
6	اولا - تعريف الشرط الجزائي .
10	ثانيا - انواع الشرط الجزائي .
14	ثالثا - اهمية الشرط الجزائي .
14	1 - تجنب المتعاقدين الاجراءات القضائية المعقدة .
14	2 - تجنب المتعاقدين المصاريف القضائية .
15	3 - يضمن الشرط الجزائي تنفيذ بعض الالتزامات .
15	4 - تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض .
16	5 - اعفاء الدائن من اثبات الضرر .
16	6 - الشرط الجزائي وسيلة لتعديل احكام المسوءولية .
19	- المبحث الثاني : التطور التاريخي للشرط الجزائي .
20	اولا - الشرط الجزائي في القوانين القديمة .
22	ثانيا - الشرط الجزائي في القانون الروماني .
25	ثالثا - الشرط الجزائي في القانون الكنسي .
30	رابعا - الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي .
33	خامسا - الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائرى .

./.

صفحة

- الباب الاول -

النظريـــة العامـــة للشرط الجزائي 35

الفصل الاول : خصائص الشرط الجزائي وتمييزه عما يشتبه به . 36

- المبحث الاول : خصائص الشرط الجزائي . 36

المطلب الاول : الشرط الجزائي اتفاق . 37

- اولا - الشرط الجزائي العقدى . 37

- ثانيا - الشرط الجزائي الصادر بارادة منفردة . 38

المطلب الثاني : الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض . 40

المطلب الثالث : الشرط الجزائي طريق احتياطي . 42

- اولا - مبدأ عدم الجمع بين الالتزام الاصلي والشرط الجزائي . 43

- ثانيا - حق الدائن في الخيار بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي 46

المطلب الرابع : الشرط الجزائي التزام تابع . 49

- اولا - بطلان الشرط الجزائي حسب القواعد العامة . 50

- ثانيا - بطلان الشرط الجزائي طبقا لخاصية التبعية . 53

- المبحث الثاني : تمييز الشرط عما يشتبه به 57

المطلب الاول - الشرط الجزائي والعربون . 58

المطلب الثاني - الشرط الجزائي والتهديد المالي . 61

المطلب الثالث - الشرط الجزائي وشرط تحديد المسوءولية . 63

- اولا - الشرط الجزائي وشرط تحديد المسوءولية بحد ادنى . 64

- ثانيا - الشرط الجزائي وشرط تحديد المسوءولية بحد اقصى . 65

المطلب الرابع - الشرط الجزائي وشرط الفائدة . 67

- اولا - حكم الشرط الجزائي في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائرى . 68

- حكم الشرط الجزائي المقرر للتاخير في القانون الجزائرى 69

- ثانيا - التمييز بين الشرط الجزائي والفائدة التعويضية . 71

./.

صفحة

المطلب الخامس ـ الشرط الجزائي والالتزام التخييرى . 72

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي . 75
ـ المبحث الاول : الشرط الجزائي تعويض. 76
ـ اولا ـ الشرط الجزائي تقدير جزافي . 76
ـ ثانيا ـ الشرط الجزائي تقدير مسبق . 79
ـ المبحث الثاني : الشرط الجزائي عقوبة . 80
1 ـ خصائص العقوبة الخاصة . 83
2 ـ الانتقادات الموجهة لنظرية العقوبة الخاصة . 84
ـ الشرط الجزائي وسيلة ضغط . 85
ـ اولا ـ طابع المغالاة في الشرط الجزائي . 85
ـ ثانيا ـ عدم وجود رقابة قضائية فعالة . 88
ـ المبحث الثالث : الطبيعة المركبة للشرط الجزائي . 89
ـ موقف القانون الجزائرى من هذه النظريات . 91
ـ موقف القانون المصرى من هذه النظريات . 92
ـ موقفنا من هذه النظريات . 93

الفصل الثالث : نطاق الشرط الجزائي وشروط الحكم به . 95
ـ المبحث الاول : نطاق الشرط الجزائي . 95
المطلب الاول ـ الشرط الجزائي في المسوءولية العقدية . 96
ـ اولا ـ نطاق الشرط الجزائي في المسوءولية العقدية . 97
ـ ثانيا ـ تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود . 102
المطلب الثاني ـ الشرط الجزائي في المسوءولية التقصيرية 108
ـ المبحث الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي . 113
المطلب الاول ـ الخطأ . 113
ـ اولا ـ مضمون الخطأ واثباته 114
ـ ثانيا ـ حالات انتفاء الخطأ . 117

./.

صفحة

المطلب الثاني - الضرر . 121
- اولا - ضرورة تحقق الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي . 121
- ثانيا - اثبات الضرر . 124
المطلب الثالث - الاعذار 125

***

الباب الثاني

الرقابة القضائية على الشرط الجزائي 131

الفصل الاول : الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون المقارن . 132
- المبحث الاول : الشرط الجزائي في القانون الفرنسي . 133
المطلب الاول - الرقابة القضائية للشرط الجزائي في النظام السابق 134
- اولا - سلطة القاضي في ضوء المادة 1152 . 134
- ثانيا - سلطة القاضي في ضوء المادة 1231 . 137
المطلب الثاني - الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد . 138
- اولا - سلطة القاضي في ضوء المادة 1152 من التقنين المدني . 143
1 - شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي . 143
2 - طرق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض او بالزيادة . 145
- ثانيا - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي على ضوء المادة 1231 . 148
1 - طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي . 149
2 - حالات تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي . 150
- المبحث الثاني : الشرط الجزائي في القانون الانجلوامريكي . 152
المطلب الاول : الشرط الجزائي في القانون الانجليزى . 153
- اولا - التطور التاريخي للتعويض بصفة عامة . 154
1 - تقدير التعويض من طرف المحلفين . 154
2 - تقدير التعويض من طرف المتعاقدين . 155

/ .

صفحة	
155	ثانيا ـ أحكام الشرط الجزائي .
156	ـ الشرط الجزائي تعويض .
156	ـ الشرط الجزائي غرامة .
160	المطلب الثاني ـ الشرط الجزائي في القانون الامريكي .
161	ـ اولا ـ الشرط الجزائي حسب قواعد القانون العام .
164	ـ ثانيا ـ الشرط الجزائي في القانون التجارى الموحد .
169	ـ المبحث الثالث : الشرط الجزائي في بعض قوانين الدول الاشتراكية .
170	ـ اولا ـ الشرط الجزائي في العقود المدنية .
170	1 ـ مبدا ثبات الشرط الجزائي .
170	2 ـ امكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي .
175	ـ ثانيا ـ الشرط الجزائي في العقود الاقتصادية .
179	الفصل الثاني : الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائرى
180	ـ المبحث الاول : انواع الرقابة القضائية وتبريرها .
180	المطلب الاول ـ انواع الرقابة القضائية .
180	ـ اولا ـ الرقابة على شرعية الشرط الجزائي .
180	1 ـ في قانون العمل .
181	2 ـ في القانون البحرى .
182	ـ ثانيا ـ الرقابة القضائية على شروط تطبيق الشرط الجزائي وتكييفه .
183	ـ ثالثا ـ الرقابة القضائية على قيمة الشرط الجزائي .
184	المطلب الثاني ـ تبرير الرقابة القضائية .
184	1 ـ من حيث اساس الشرط الجزائي .
185	2 ـ مناط الشرط الجزائي الضرر .
186	3 ـ من الناحية الاقتصادية .

صفحة

ـ المبحث الثاني : نطاق الرقابة القضائية وخصائصها .	186
المطلب الاول ـ نطاق الرقابة القضائية .	187
ـ اولا ـ سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي .	187
1 ـ كيفية تقدير المبالغة .	188
أ) المقصود بالمبالغة .	188
ب) تقدير المبالغة .	189
2 ـ طريقة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه الى درجة كبيرة .	191
ـ ثانيا ـ سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي .	197
1 ـ المبدأ العام ،عدم جواز زيادة الشرط الجزائي .	197
أ) على المستوى الداخلي .	198
ب) على المستوى الدولـي .	199
2 ـ الاستثناء من قاعدة عـدم جواز زيادة الشرط الجزائي .	203
أ) ارتكاب المدين غشا او خطأ جسيما .	204
ب) تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي .	205
المطلب الثاني ـ خصائص الرقابة القضائية .	206
ـ اولا ـ الطابع الجوازى لسلطة تدخل القاضي .	206
ـ ثانيا ـ الطابع الالزامي لهذه السلطة بالنسبة للاطراف .	208
ـ المبحث الثالث : مقارنة موقف القانون الجزائرى بالقوانين الاجنبية .	210
ـ اولا ـ بالنسبة للقانون الانجلو امريكي .	210
ـ ثانيا ـ بالنسبة للقانون الفرنسي .	212
ـ ثالثا ـ بالنسبة للقوانين الاشتراكية .	212
ـ الخاتمـــة :	214
ـ المراجـــع :	